

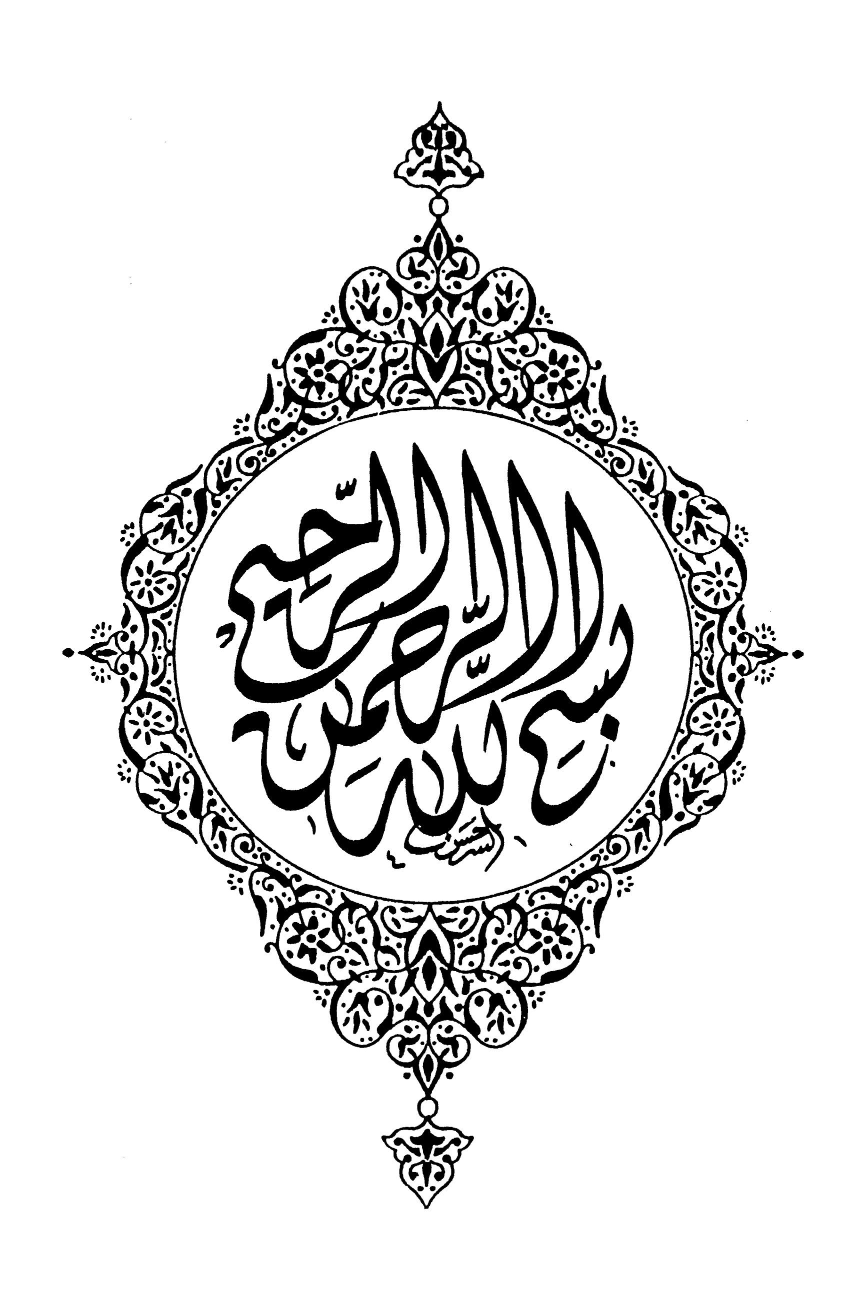
جامعة الإمارات العربية المتحدة

كلية الشريعة والقانون

مجلة الشريعة والقانون

"حولية محكمة"

العدد الثالث في ذي الحجة ١٤٠٩هـ - يوليو/تموز/١٩٨٩م


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَرْفَعِ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْعِلْمَ دَرَجَٰتٍ ﴾

صدق الله العظيم

ترسل البحوث باسم الأستاذ الدكتور رئيس التحرير على العنوان التالي:
دولة الإمارات العربية المتحدة - جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون / العين - ص. ب : ١٥٥٥١ - تلفون : ٦٤٣٩٩٨.



بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

أحمده تبارك وتعالى، وأصلي وأسلم على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وبعد: فإني أقدم للسادة القراء العدد الثالث من مجلة الشريعة والقانون الذي هو اثر طيب ومثل صالح ورافد علمي ثر من آثار وروافد النهضة العلمية المباركة لدولة الامارات العربية المتحدة في رحاب جامعتها الناهضة التي تسعى في عهد رئيسها الأعلى ومديرها وأمنائها الى ارساء معالم الأصول العلمية الراسخة وجعلها في مصاف الجامعات العالمية الشهيرة، فكان تفجر حركة البحث العلمي فيها، وإصدار مجلة حولية محكمة في كل كلية من كليات الجامعة مثلين رائدين بارزين للجامعة، وأثرين واضحين في المسيرة العلمية الصحيحة.

وكان إصدار المجلات حلما وأملا ترجم الى حقيقة واقعية في ظل هذا التنشيط العلمي الواضح الأسس ،القائم على الاستفادة من خبرات وتجارب الجامعات الأخرى في العالمين العربي والاجنبي.

وتبدو المجلة في هذا العدد في أبهى صورة جمعت بين نتاج أساتذة الشريعة والقانون المطبّق، في موضوعات متنوعة ذات صلة وثقى بالحياة العملية وبمجتمع الامارات.

والطابع الجديد أو السمة الفارقة لهذا العدد هو اقتران البحوث بقرار صلاحيتها للنشر من قبل محكمين اثنين، عملا بقرار مجلس الشؤون العلمية في الجامعة، وهذا قد أضفى على المجلة أصالة علمية دقيقة، وجعل البحوث أكثر حيوية وأرحب عطاء، وأوفق اسلوبا ومنهجا ومادة غزيرة، وأكثر اطمئنانا.

وإنا لعلى الطريق سائرون بفضل الله تعالى وتوفيقه، راجين أن نكون قد اسهمنا بما تمليه الأمانة العظمى في أعناق علماء الأمة على كل واحد منا، ليكون بحق القدوة الحسنة، والعالم الذي نذر نفسه لخدمة أهداف أمته، وتقدم جامعته، وتثقيف ابناء الاسلام والعروبة وبخاصة مواطني دولة الامارات بثقافة متينة، وتزويدهم بزاد علمي غني وفائدة طيبة الأثر.

وأسأل الله جل جلاله أن يجعل غدنا أفضل من حاضرنا وماضينا، وأن نكون على المستوى الذي تتطلع اليه أنظار الجيل المعاصر، وشعارنا قول الله تبارك وتعالى :

(وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون، وستردون الى عالم الغيب والشهادة، فينبئكم بما كنتم تعملون) (التوبة ١٠٥). وان مداد العلماء أفضل عند الله من دم الشهداء ؛ لأن الجهاد والاستشهاد في سبيل الله لا يحققان المرجو منهما على الوجه الصحيح إلا بالعلم والمعرفة المتعمقة وبالأسلوب المتقدم، والمنهج الأفضل، وكفى بالله شاهدا، وكفى بالله وكيلا، وهو نعم المولى ونعم النصير.

أ.د. وهبة مصطفى الزحيلي

القائم بعمادة كلية الشريعة والقانون

أهداف المجلة وقواعد النشر

أولاً : أهداف المجلة :

مجلة كلية الشريعة والقانون حولية متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى:

١ ـ نشر البحوث المبتكرة التي يكتبها أعضاء هيئة التدريس بالكلية من أجل إثراء البحث العلمي في مجالي الشريعة والقانون، مع إتاحة فرص النشر والنمو العلمي لأعضاء هيئة التدريس بالكلية.

٢ ـ توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظائرها في الجامعات العربية والخليجية.

٣ ـ معالجة المشكلات المتعلقة بدولة الإمارات العربية المتحدة، ومنطقة الخليج، والعالم الإسلامي والعربي من خلال البحوث العلمية التي يضطلع بها أعضاء هيئة التدريس في أقسام الكلية في مجال تخصصاتهم.

٤ ـ متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات العربية والخليجية، والمؤتمرات والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في العالم الإسلامي والعربي في المجالين المذكورين بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي العربي والفتاوي الشرعية والقانونية.

٥ ـ إتاحة فرص التبادل العلمي مع ا لمجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى.

ثانياً : قواعد النشر :

١ ـ تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة لأعضاء هيئة التدريس في الكلية، ويجوز لهيئة التحرير أن تقبل بحوثاً من أعضاء هيئة التدريس في الكليات النظيرة في الجامعات الخليجية والعربية، والإسلامية، مع العناية الخاصة بالموضوعات ذات الصلة بمنطقة الخليج والجزيرة العربية.

٢ ـ تقبل البحوث باللغتين العربية والإنجليزية أو الفرنسية على أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة (١٦ ـ ٣٢) صفحة من القطع العادي، وذلك عدا الهوامش والمراجع والأشكال، والصور، والملاحق.

٣ ـ ينبغي أن يراعي في البحوث التي تقدم للنشر ما يلي :

(ا) أن لا يكون البحث قد سبق نشره.

(ب) اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر، والمراجع إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية.

(جـ) يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

(د) يتضمن غلاف البحث اسم المؤلف، والقسم الذي ينتمي إليه، وأن نكتب السيرة العلمية للباحث في صفحة مستقلة بنحو موجز.

٤ ـ تزود هيئة التحرير بثلاث نسخ من البحث مرقومة على الآلة الكاتبة.

٥ ـ توجه البحوث إلى رئيس هيئة تحرير المجلة ـ جامعة الإمارات العربية المتحدة ـ كلية الشريعة والقانون ـ ص. ب: ١٥٥٥١ العين ـ دولة الإمارات العربية المتحدة.

٦ ـ يتم عرض البحوث ـ على نحو سري ـ على محكَّم أو أكثر من المتخصصين الذين يقع عليهم الاختيار.

٧ ـ تعد الأقسام العلمية لائحة المحكَّمين الداخليين والخارجيين ويعتمدها مجلس إدارة المجلة، وتصرف المكافآت وفقاً للقواعد المعمول بها في الجامعة.

٨ ـ يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لا تتجاوز الشهرين.

٩ ـ ما ينشر في المجلة يعبر عن وجهة نظر صاحبه، ولا يعبر بالضرورة عن وجهة نظر هيئة التحرير أو جامعة الإمارات العربية المتحدة.

البحوث والدراسات الشرعية

أحكام الحرب الدولية المشروعة في نظر الإسلام والجوانب الإنسانية المميِّزة لها

بقلم الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي *

---

* وكيل الكلية والقائم بعمادتها، جمع بين الدراستين الشرعية والقانونية، له أكثر من عشرين مؤلفاً منها: آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ونظرية الضرورة الشرعية، ونظرية الضمان في الفقه الإسلامي، والفقه الإسلامي وأدلّته في ثمانية مجلدات.

تمهيد وخطة البحث:

لكل أمة في السلم والحرب فلسفة معينة، وضعها الحكماء والعلماء والقادة والرؤساء، وهي تصور الوسائل والغايات، وقد تكون هذه الوسيلة والغاية مشروعة أو غير مشروعة في المعيار الصحيح ،في تقدير اناس آخرين يصدرون أحكامهم على ما لدى غيرهم بتجرد وموضوعية، وفكر متزن معتدل، غير متأثر برأي سابق، أو تعصب أو مذهب أو دين معين.

اما الوضع في الاسلام فهو مختلف، لأن مصدر التشريع في السلم والحرب هو الوحي الالهي أو الكتاب السماوي وهو القرآن الكريم الذي يترجم معانيه ومبادئه نبي الاسلام محمد صلى الله عليه وسلم. والله تعالى حين ينزل وحيه، ويصدر أمره، يقدر أبعاد الحكم في المستقبل البعيد، ويعلم بما يصلح البشر، فيحكم بما هو الاصلح والأخلد الدائم الذي يتعالى عن طبائع الناس وأطماعهم، ويكون حكمه حاسما قاطعا للتردد والتغير حتى تصير قواعد السلم راسخة تقرر الاستقرار والأمن فعلا، وتكون أنظمة الحرب وسيلة للحسم وانهاء الصراع واستئصال النزاع.

لهذا نرى الدعوة في التشريع الاسلامي الى السلم واستتباب الأمن والسلام العالمي قوية عادلة تعتمد على المواثيق والمعاهدات. كما أن آيات القرآن وأحاديث النبي عليه الصلاة والسلام في تنظيم الجهاد قوية التأثير، شديدة التحريض، عنيفة تلهب الحماسة وتثير الشجاعة، لتؤدي الحرب أغراضها في أسرع وقت وتحسم الصراع ليعود الناس الى حظيرة السلام الدائم المستقر.

وهذا التصور المبدئي لطبيعة السلام والجهاد في الاسلام المعتمد على الوحي أو التشريع الالهي ينبغي ادراكه في جميع ما أعرضه هنا من احكام توضح جوانب الموضوع لأن الله تعالى أرحم بعباده من أنفسهم، وأدرى بما يصلح أحوالهم.

---

* آثار الحرب في الفقه الإسلامي ونظرية الضرورة الشرعية، ونظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، والفقه الإسلامي وأدلته في ثمانية مجلدات "

والكلام في الموضوع يتناول ما يلي:

أولا: مشروعية الجهاد أو الحرب في الاسلام.

ثانيا: أحكام الحرب وقواعد القتال في الاسلام.

ثالثا: الجوانب الانسانية المميزة للحرب لدى المسلمين.

وبيان هذه الأمور - وان كان يحتاج للإسهاب والتطويل - فهو موجز كاف يحقق الغاية المطلوبة بقدر الامكان، ويدل على ما للاسلام من سبق وتقدم في المجالات الانسانية المتعددة، والأنظمة العالمية.

أولا - مشروعية الجهاد أو الحرب في الاسلام:

ليست الحروب في الاسلام "دينية" أي يمليها التعصب الديني ضد أتباع الديانات الأخرى، فالإسلام دين التسامح الذي يقر بوجود الأمم والشعوب والأديان الأخرى، ولا يريد إبادة المخالفين في الدين، ولا يجيز الاكراه على الدين أو الاعتقاد، ويتعايش المسلمون مع غيرهم على صعيد راسخ من السلم والأمان، وحرية ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، قال الله تعالى: "لا اكراه في الدين، قد تبين الرشد من الغي.." (سورة البقرة: ٢٥٦). وقال تعالى ايضا: "يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا، ان أكرمكم عند الله أتقاكم" (سورة الحجرات: ١٣) قال ابن تيمية: "لا نكره احدا على الدين، والقتال لمن حاربنا، فان أسلم عصم ماله ودمه، واذا لم يكن من أهل القتال لا نقتله، ولا يقدر أحد أن ينقل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أكره أحدا على الاسلام، لا ممتنعا ولا مقدورا عليه، ولا فائدة في اسلام مثل هذا، لكن من أسلم، قبل منه ظاهر الاسلام(١).

وليست الحروب في الاسلام بقصد التسلط على الأمم والشعوب الأخرى، لأن ذلك ظلم والظلم حرام ممنوع في جميع الأديان..

---

(١) رسالة القتال في مجموعة رسائل لابن تيمية: ص١٢٣ وما بعدها، السياسة الشرعية لابن تيمية أيضا: ص١٢٣.

وليست الحروب في الاسلام أيضا في شريعة الاسلام حروبا استعمارية أو اقتصادية لسلب الشعوب أموالهم، ونهب خيراتهم وثرواتهم، أو لفتح الأسواق العالمية أمام المنتجات والصادرات، أو لنزعة عنصرية تعتمد على الشعور بأن شعبا ما أفضل الشعوب العالمية، قال الله تعالى: "يأيها الذين أمنوا اذا ضربتم في سبيل الله فتبينوا، ولاتقولوا لمن ألقى اليكم السلام: لست مؤمنا، تبتغون عرض الحياة الدنيا، فعند الله مغانم كثيرة.." (سورة النساء: ٩٤) وقال سبحانه: "تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا في الأرض ولا فسادا، والعاقبة للمتقين" (سورة القصص: ٨٣). وقال الخليفة العادل عمر بن عبدالعزيز لبعض ولاته: "ان الله بعث محمدا بالحق هاديا، ولم يبعثه جابيا"(١). وقال ربعي بن عامر مبعوث سعد بن أبي وقاص الى الفرس لرستم قائد الفرس قبيل موقعة القادسية: "انا لم نأتكم لطلب الدنيا، ووالله لاسلامكم أحب الينا من غنائمكم".

وانما الحرب مشروعة في الاسلام بقصد حماية نشر الدعوة الاسلامية، وصون الدعاة الى دين الاسلام دين التوحيد لله، والحق والعدل، والفضيلة والقيم السامية العليا التي تقيم المجتمع الفاضل، وتصحح أوضاع الناس وأنظمة الحياة العامة، فهي ضرورة لم تشرع الا اضطرارا، لدفع العدوان عن المسلمين وديارهم وأموالهم، ولمحاربة الظلم ونصرة المظلومين، أو حال التأهب للقتال، ولمنع الاعتداء على الدعاة، وكفالة حرية العقيدة ومنع الفتنة في الدين والتمكين من تبليغ دين الله القائم على نبذ الوثنية والشرك الذي يحتضن عادة ألوانا من الخرافات، ويمس كرامة الانسان، ويهدر حرمته، ووجوده، ويصادم عقله وفكره، ويجعله فريسة الأوهام، ويمنعه التقدم والتحضر والمدنية، لاتخاذ اله آخر مع الله تعالى.

وذلك كله رحمة بمجموع الأمة أن تفسد، والاسلام هو الرحمة العامة للعالمين، والرحمة تقتضي اقامة العدل بين الناس، والعدل يقضي بمحاربة الباطل، وقمع الظلم، وتمكين الناس من معرفة النظام الأصلح للبشرية في الدنيا والآخرة.

ولاشك بأن الضرورة تقدر بقدرها، فلا يصح أن تكون الحرب وسيلة للتمادي بالباطل، وإلحاق الظلم بالآخرين، واستغلال الفرص للتدمير والتخريب وارواء نزعة الاستعلاء والاستبداد والتسلط على مخلوقات الله تعالى.

أما كون الحرب مشروعة لدفع العدوان والاعتداء والدفاع عن النفس والبلاد والأموال فلقول الله تعالى: "أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا، وان الله على نصرهم

---

(١) طبقات ابن سعد: ٢٨٣/٥.

لقدير" (سورة الحج: ٣٩) وقوله تعالى: "وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم، ولا تعتدوا، إن الله لا يحب المعتدين" (سورة البقرة: ١٩٠) ومنع الفتنة في الدين لقوله تعالى: "وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة، ويكون الدين لله، فان انتهوا فلا عدوان الا على الظالمين " (سورة البقرة: ١٩٣).

ونصرة المظلومين واضطهاد الأقليات الاسلامية ومنعها من ممارسة شعائر الدين لقوله تعالى: "وما لكم لا تقاتلون في سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون: ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها..." (سورة النساء:٧٥). وهذه المناصرة مقيدة بحال عدم وجود معاهدة سلمية مع الأمم الأخرى، لقوله تعالى: "وان استنصروكم في الدين، فعليكم النصر الا على قوم بينكم وبينهم ميثاق (الأنفال: ٧٢).

والخلاصة أن الحرب في الاسلام ضرورة يلجأ اليها في حدود الحق والعدل، فهي حرب دفاعية ضد العدوان، وقد تكون وقائية أو بمبادرة من المسلمين اذا اقتضت ظروف الحرب وسياستها إضعاف العدو الواحد في بلاد أخرى تابعة له، فتفتح حينئذ جبهة قتال أخرى في ذلك الجزء من البلاد، ولا يجوز قتل إنسان لمجرد أنه يدين بغير الاسلام، وانما القتال لمن قاتل المسلمين، أو اعتدى عليهم أو حال بينهم وبين نشر الدعوة الاسلامية في أرجاء العالم.

وان أساس العلاقة بين المسلمين وغيرهم خارج الدولة الاسلامية هو السِّلْم، وليس الحرب، فالحرب أمر طارىء على تلك العلاقة البشرية كما ذكر الطبري والثوري والأوزاعي وغيرهم من الفقهاء(١)، لأن الاسلام دين السلام، وشعاره السلام، وتحية أبنائه أو أتباعه "السلام عليكم" ويحرص دائما على السلام المستقر الدائم القائم على التعاهد والتوادد والعدل كما قال تعالى: "وان جنحوا للسِّلْم فاجنح لها، وتوكل على الله، انه هو السميع العليم" (الانفال: ٦١).

والباعث على القتال أو الجهاد: ليس هو للإكراه على الدين أو المخالفة في العقيدة، أو لإزهاق الأرواح واراقة الدماء وتعذيب البشر، فذلك كله ممنوع في التشريع الإسلامي، وانما شرع الجهاد لدفع الشر ورد الاعتداء، وحماية المسلمين ودعوتهم ودعاة الإسلام من ألوان الأذى والتعذيب ومقاومة نشر الدعوة الإسلامية في أنحاء العالم، وإضعاف العدو في مختلف الجبهات والأقاليم التابعة له.

---

(١) اختلاف الفقهاء للطبري، تحقيق شخت: ١٩٥.

وأدلة ذلك كثيرة في القرآن والسنة النبوية، منها قول الله تعالى: "كتب عليكم القتال، وهو كره لكم..." (البقرة: ١٦) وقوله تعالى: " أذن للذين يقاتَلون بأنهم ظُلموا، وإن الله على نصرهم لقدير..." (الحج: ٢٩)، وقال النبي محمد صلى الله عليه وسلم: "إن الله جعل عذاب هذه الأمة في الدنيا القتل"(١) وقال النبي أيضا: "لا تتمنوا لقاء العدو، واذا لقيتموهم فاصبروا"(٢).

وصرح فقهاء الاسلام بأن مناط القتال هو الحرابة والمقاتلة والاعتداء، لا المخالفة في الدين(٣)، لأن غير المقاتلين من المدنيين لا يقتلون ، ولا يقاتلون وانما يسالمون وتحمى نفوسهم ودماؤهم من ويلات الحرب، فقتلهم حرام شرعا، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تقتلوا شيخا فانيا، ولا طفلا، ولا امرأة، ولا تغلوا"(٤) أي لا تخونوا جماعة المسلمين بأخذ شيء من غنائم الحرب قبل قسمتها بين الغانمين المحاربين في حال التطوع بالجهاد، لا في حال وجود الجيوش النظامية، التي تدفع فيها الدولة رواتب دورية للمقاتلين" وحينئذ تكون الغنائم للدولة كما في عصرنا الحاضر.

قال الكمال بن الهمام من فقهاء الحنفية: المقصود من القتال هو إخلاء العالم من الفساد، وإن قتالنا المأمور به جزاء لقتال الأعداء ومسبب عنه(٥)، وقال ابن تيمية : فإباحة القتال من المسلمين مبنية على إباحة القتال من غيرهم(٦). وقال ابن القيم: وفرض القتال على المسلمين لمن قاتلهم" دون من لم يقاتلهم(٧) ،

(١) رواه ابن عدي في الكامل عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) بداية المجتهد: ٢٧١/١، فتح القدير: ٢٩١/٤، مغني المحتاج: ٢١٠/٤، رسالة القتال لابن تيمية: ص١١٦ وما بعدها.

(٤) رواه أبوداود والبيهقي.

(٥) فتح القدير: ٢٧٧/٤، ٢٧٩.

(٦) رسالة القتال: ص١١٦.

(٧) زاد المعاد: ٥٨/٢.

قال الله تعال: "وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم، ولا تعتدوا، ان الله لا يحب المعتدين" (البقرة: ١٩٠) وليست هذه الآية منسوخة ولا مخصصة بشيء، اذ لا دليل على التخصيص أو النسخ.

وهذا الموقف الدفاعي بالمعنى الخاص الذي لا يعني السلبية أو انتظار هجوم الأعداء هو الذي سار عليه النبي صلى الله عليه وسلم والمسلمون وقادتهم من بعده في قتال العرب والرومان والفرس، فلم يقتل النبي عليه السلام كفار قريش وهوازن وغيرهم من المشركين العرب، وما استباح الخلفاء المسلمون يوما ما دم أحد من غير المسلمين في غير حال الحرب القائمة فعلا.

وما أروع كلمة الفقيه الشافعي عمرو بن الصلاح حين قال مقررا مذهب جمهور الفقهاء ايضا: إن الأصل هو إبقاء الكفار وتقريرهم، لأن الله تعالى ما أراد إفناء الخلق ولا خلقهم ليقتلوا، وإنما أبيح قتلهم لعارض ضرر وجد منهم" لأن ذلك جزاء على كفرهم، فإن دار الدنيا ليست دار جزاء، بل الجزاء في الآخرة، فإذا دخلوا في عقد الذمة (المعاهدة الداخلية للعيش في دار الإسلام مع المسلمين) والتزموا احكامنا، انتفعنا بهم في المعاش في الدنيا وعمارتها، فلم يبق لنا أرب في قتلهم، وحسابهم على الله تعالى، ولأنهم اذا مكنوا من المقام في دار الاسلام، ربما شاهدوا بدائع صنع الله في فطرته وودائع حكمته في خليقته فآمنوا... واذا كان الأمر بهذه المثابة لم يجز أن يقال: ان القتل أصلهم(١).

وفي عبارة أخرى لفقهاء الشافعية: ان وجوب الجهاد وجوب الوسائل لا المقاصد اذ المقصود بالقتال انما هو الهداية وما سواها من الشهادة. وأما قتل الكفار فليس بمقصود، حتى لو أمكن الهداية بإقامة الدليل بغير جهاد، كان أولى من الجهاد(٢).

وذكر فقهاء الحنابلة في قواعدهم قاعدة مهمة جداً في هذا الموضوع وهي: "الأصل في الدماء الحظر، إلا بيقين الإباحة(٣).

---

(١) راجع مخطوط فتاوى ابن الصلاح: ورقة ٢٢٤.

(٢) مغني المحتاج: ٤/٢١٠.

(٣) القواعد لابن رجب: ص٣٣٨.

ومن قواعد فقهاء الحنفية: "الآدمي معصوم ليتمكن من حمل أعباء التكاليف، واباحة القتل عارض، سمح به لدفع شره". "الكفر من حيث هو كفر ليس علة لقتالهم" أي قتال الأعداء. وقال الامام مالك: "لا ينبغي لمسلم أن يهريق دمه الا في حق، ولا يهريق دما الا بحق(١) أي يريق.

يتبين من هذا أن الأساس الواضح المميز للجانب الانساني في علاقة المسلمين بغيرهم هو السلم، وأما الحرب فهي أمر طارىء لدفع الشر والعدوان، وإزالة العقبات أمام نشر دعوة الاسلام بالحكمة والموعظة الحسنة أو بالحجة والبرهان والمسالمة. قال الاستاذ الشيخ عبدالوهاب خلاف: "الأمان ثابت بين المسلمين وغيرهم، لا ببذل مال أو انعقاد عقد أو معاهدة ، وإنما هو ثابت على أساس أن الأصل السلم ، ولم يطرأ ما يهدم هذا الأساس من عدوان على المسلمين أو على دعوتهم(٢).

ويتبين أيضا أن الحرب محصورة في الاسلام في أضيق نطاق ممكن، فلا تتجاوز الجيوش المتحاربة الى المدنيين والمسالمين والعلماء والرهبان ونحوهم.

واذا كانت الدعوة الاسلامية ذات نزعة عالمية يراد نشرها في أنحاء العالم بالوسائل السلمية، أو بالدعوة القائمة على الحجة والبرهان والقدوة الحسنة من المسلمين في أفعالهم ومعاملاتهم، فليس معنى هذا أن تفرض بالسيف، فإن أثر السيف مرهون بوقته، وسرعان ما يزول أثره بعد انتهاء ظرف الحرب، وليس معنى ذلك أيضا أن المسلمين يريدون فرض شريعتهم على العالم فرضا حتى تكون هي الديانة العالمية الوحيدة، فان ذلك كله محاولة فاشلة، ومقاومة لسنة الوجود، ومغايرة لمراد الله تعالى في هذا العالم فانه تعالى أراد وجود عالم متغاير الأديان، فقال سبحانه: ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعا، أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين" (يونس: ٩٩) وقال تعالى ايضا: "ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة، ولا يزالون مختلفين" (هود: ١١٨).

وأسلوب الدعوة الى الاسلام واضح يقوم على أساس السلم والعقل والإقناع" والاسلام دين بيان وبلاغ وارشاد، ولا يفيده الا القناعة بمبادئه وعقيدته، قال الله تعالى: "ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة، وجادلهم بالتي هي أحسن، إن ربك هو أعلم بمن ضل عن سبيله، وهو أعلم بالمهتدين" (النحل: ١٢٥).

---

(١) اختلاف الفقهاء للطبري، تحقيق الدكتور شخت: ص١٩٤ ـ ١٩٥.
(٢) السياسة الشرعية لخلاف: ص ٧٤، ٩٢.

وشعار الدعاة الى الاسلام هو قول الله تعالى مخاطبا أهل الكتاب، أي اليهود والنصاى: "قل: يا أهل الكتاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد الا الله ولا نشرك به شيئا، ولا يتخذ بعضنا بعضا أربابا من دون الله، فان تولوا، فقولوا: اشهدوا بأنا مسلون" (آل عمران: ٦٤). وقوله تعالى: "لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين، ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم، إن الله يحب المقسطين". (الحشر:٨).

ثانيا: أحكام الحرب وقواعد القتال في الاسلام:

نظمت شريعة الإسلام حالة الحرب في بدئها وأثنائها وبعد انتهائها، ووضعت القواعد الواجبة التطبيق في هذه المجالات، على أساس وطيد من ضرورة مراعاة الظروف الاستثنائية الناشئة عن الحرب، وأن الحرب ليست كفاحا بين الشعوب، وانما هي أمر طارىء يحتاج الى حسم سريع، وحل عادل، وتسوية شاملة لآثارها الناجمة عنها، ومحصورة في دائرة القتال القائمة، أو بين الجيوش المتحاربة فقط.

١ ـ بدء الحرب:

يجب قبل بدء الحرب كما ذكر فقهاء المالكية والزيدية إبلاغ الأعداء مضمون الدعوة الإسلامية سواء بلغتهم أم لا، للتعرف على مبادىء عقيدة الإسلام، وترك الفرصة المواتية للتفكر في احتمال قبول دعوة الاسلام، أو الرضا بالمعاهدة السلمية لتوفير مناخ الأمن والسلام والاستقرار في العلاقات الدولية، قال الله تعالى: ستُدعون الى قوم أولي بأس شديد، تقاتلونهم أو يسلمون" (سورة الفتح: ١٦). وقال عبدالله بن عباس من صحابة النبي صلى الله عليه وسلم: "ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما قط الا دعاهم"(١).

وقال بريدة: "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر أميرا على جيش أو سرية، أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا، ثم قال: واذالقيت عدوك من المشركين، فادعهم الى ثلاث خصال أو خلال، فأيتهن ما أجابوك، فاقبل منهم وكف عنهم، ادعوهم الى الاسلام، فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، فان أبوا فسلهم الجزية(٢)، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، وان

---

(١) رواه أحمد والبيهقي والحاكم وأبو يعلى والطبراني.

(٢) الجزية: ضريبة تفرض على الرجال القادرين على حمل السلاح بمقدار دينار على الشخص في العام، دليلا على الولاء والتزام العهد.

أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم..."(١). وأوصى الرسول صلى الله عليه وسلم معاذ بن جبل وصحابه، حينما أرسلهم الى اليمن قائلا: لا تقاتلوهم حتى تدعوهم، فان أبوا فلا تقاتلوهم حتى يبدؤوكم، فان بدؤوكم فلا تقاتلوهم حتى يقتلوا منكم قتيلا، ثم أروهم ذلك، وقولوا لهم: هل الى خير من هذا السبيل، فلأن يهدي الله على يديك رجلا واحدا خير مما طلعت عليه الشمس وغربت".

وسأل الامام علي بن أبي طالب رضي الله عنه يوم خيبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، نقاتلهم حتى يكونوا مثلنا، أي مسلمين؟ فقال: على رسلك حتى تنزل بساحتهم، ثم ادعهم الى الاسلام، فوالله لأن يهتدي بك رجل واحد خير لك من حمر النعم(٢).

وإذا رفض العدو المسالمة أو الاسلام يتبعه في الغالب إبلاغ الدعوة الإسلامية الذي يشبه الإنذار الحربي بإعلان الحرب، منعا من المباغتة والغدر. وقد يبدأ المسلون بقتال العدو أحيانا دون إعلان للحرب إذا كانت حالة الحرب قائمة مع الأعداء، أو إذا باشر العدو الحرب فعلا، أو تأهب للقتال، أو نقض المعاهدة واستعد لشن الحرب الهجومية، لبدء العدو بالغدر والخيانة. وهذا ظرف خاص تقتضيه سياسة الحرب ووضع الخطة المناسبة لتحقيق النصر قبل المفاجأة أو المباغتة المنتظرة من قبل العدو.

٢ ـ قواعد الحرب:

تحكم قواعد الحرب في الإسلام قاعدة أو مبدأ "المعاملة بالمثل" ما لم تكن الوسائل الحربية ضارة ضررا عاما، أو مبيدة للجنس البشري، أو دنيئة خسيسة، تنبذها مكارم الأخلاق، وتتصادم مع الاعتبارات والمبادىء الانسانية التي سنذكرها فيما بعد، سواء في حال استعمال وسائل الحرب المادية، أو المعنوية.

وذلك لأن أكثر آيات القرآن التي تحرض على القتال يراد بها مضاهاة أو مماثلة صنيع الأعداء، أو التدريب على القتال وفنونه" ورفع مستوى الإعداد الحربي.

ففي نطاق الوسائل المادية: يستعان على الأعداء في رأي أغلب الفقهاء بكل وسيلة تؤدي الى كسر شوكتهم، سواء أكانت الوسيلة شديدة أم خفيفة ، لكن

---

(١) رواه احمد ومسلم وأبوداود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن سليمان بن بريدة عن أبيه.

(٢) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد. وحمر النعم: كرائمها، وهو مثل في كل نفيس.

استعمال الأشد مع إمكان تحقيق المقصود بالأخف فيه كراهة ، لأنه افساد في غير محل الحاجة، كما قال الكمال ابن الهمام(١)، فيجوز استخدام السلاح الأبيض والآلات الثقيلة، وتسميم العدو بمثل قاذفات اللهب والغازات السامة. ولكن لا يجوز عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة تحريق أحد من الأعداء بالنار، لا حيا ولا ميتا، لقوله صلى الله عليه وسلم" "لا تعذبوا عباد الله بعذاب الله"(٢). أي باستخدام النار. واستثنى المالكية حالة المعاملة بالمثل أي استعمال النار للضرورة الحربية اذا استعملها العدو. ولم يجز المالكية تسميم العدو، سواء بوضع السم في المياه أو الغازات أو السهام(٣)، وينبغي اعتماد هذا المذهب في الشريعة وفي العصر الحاضر وغيره بسبب الضرر العام الذي يترتب على استعمال هذه الغازات.

ويجوز التغريق بالماء، ولا مانع من قطع المياه عن الجيش المقاتل لحمله على التسليم. لكن لا تجوز كما بينا الحرب البكترولوجية والكيماوية والذرية لمنافاتها لمبدأ الرحمة العامة وأوامر الشرع بالإحسان في القتل، كما لا تجوز المثلة: وهي الفعلة الشنيعة التي تصيب الأجسام وتشوهها من غير فائدة، كرض الرأس، وقطع الأذن أو الأنف أو العبث باليد أو البطن أو فقء العين ونحو ذلك بعد الموت(٤)، لحديث رواه البخاري: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة والنهبى" وحديث آخر رواه مسلم وغيره" "اغزوا - أي حاربوا - ولا تغلوا - لا تخونوا بأخذ شيء من غنائم الحرب - ولا تغدروا ولا تمثلوا". والنهي عن المثلة يتناول "رصاص دمدم" لأنه أداة تمثيل يمكن توقيها وتجنبها.

ولا مانع من الحصار الحربي برا وبحرا، لمنع الإمداد والإلجاء الى التسليم، وكذا الحصار الاقتصادي للتضييق على العدو، وإربـاك مخططاتـه واضعافـه، لقوله تعالى: "فاذا انسلخ الأشهر الحرم، فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم، وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد" (التوبة: ٥). وكان التعرض لقافلة

---

(١) فتح القدير: ٢٨٦/٤، الأحكام السلطانية للماوردي: ص٤٩، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص٣٤.

(٢) رواه أبو داود والترمذي والحاكم عن ابن عباس رضي الله عنه.

(٣) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: ١٧٧/٢.

(٤) فتح القدير: ٢٨٩/٤، الشرح الكبير للدرديرى مع الدسوقي: ١٧٩/٢.

أبي سفيان زعيم المشركين في مكة قبل معركة بدر نوعا من الحصار الاقتصادي.

وتقضي طبيعة الحرب إحداث ظاهرة التخريب والتدمير للحصون والقلاع، وقطع الأشجار للضرورات أو المصلحة الحربية، لقوله تعالى: "ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله، وليخزي الفاسقين" (الحشر: ٥). واللينة: شجرة النخيل التي تمرها سمين ويسمى العجوة.

ومنع أبو بكر الصديق والليث بن سعد وأبو ثور والأوزاعي من الفقهاء والحنابلة التخريب والتحريق والهدم وقطع الأشجار المثمرة، لقول أبي بكر في وصيته ليزيد بن أبي سفيان: "واني موصيك بعشر: لا تقتل امرأة ولا صبيا ولا كبيرا هرما، ولا تقطعن شجرا مثمرا، ولا تخربن عامرا، ولا تعقرن شاة ولا بعيرا الا لمأكلة، ولا تحرقن نخلا ولا تغرقنه، ولا تغلل، ولا تجبن"(١) وقال الأوزاعي: لا يحل للمسلمين أن يفعلوا شيئا مما يرجع الى التخريب في دار الحرب، لأن ذلك فساد، والله تعالى لا يحب الفساد(٢) وهذه ظواهر حضارية رائعة وانسانية متميزة سبق الخلفاء والفقهاء المسلمون الى تقريرها منذ بزوغ فجر الاسلام قبل أربعة عشر قرنا.

وأما الوسائل المعنوية التي لا تخل بقواعد الإنسانية والشرف والمبادىء الأخلاقية الكريمة فتجوز في الاسلام، كاستعمال الحيل والخداع المشروع لتحقيق الظفر، للحديث النبوي: "الحرب خدعة"(٣) وقال النووي: اتفق العلماء على جواز خداع الكفار - أي الأعداء - في الحرب، كيف أمكن الخداع الا أن يكون فيه نقض عهد أو أمان فلا يحل(٤).

ويجوز إيقاع العدو في كمين، واستخدام الألغام البرية والبحرية، وتفريق صفوف العدو، ولو ببذل المال، وحرب الأعصاب، وإضعاف معنويات العدو بكل

---

(١) نيل الأوطار: ٢٤٨/٧ وما بعدها.

(٢) شرح السير الكبير ٤٣/١.

(٣) رواه البخاري ومسلم والترمذي عن جابر بن عبدالله رضي الله عنه.

(٤) شرح صحيح مسلم للنووي: ٤٥/١٢.

الوسائل الممكنة، والتجسس، والاغتيال باستخدام بعض الحيل والخدع لقتل عدو ماكر، ونحو ذلك.

٣ ـ طرق انتهاء الحرب:

هناك في شريعة الحرب في الاسلام أو ما يسمى بالجهاد ضمانات كثيرة لإنهاء الحرب وإقرار السلام،

أولها: نظرة الإخاء العام للبشرية والتكريم الشامل للإنسانية قاطبة، دون تفرقة جنسية أو عنصرية أو طبقية ، فالناس جميعا مخلوقات الله وهم على درجة واحدة من المساواة في الاعتبارات الإنسانية، والأخوة البشرية، قال النبي صلى الله عليه وسلم: "الخلق كلهم عيال الله، وأحبهم اليه أنفعهم لعياله" وأثبت القرآن الكريم مبدأ الأخوة الإنسانية في قوله تعالى: "يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة، وخلق منها زوجها، وبث منهما رجالا كثيرا ونساء" وقال تعالى: "ولقد كرمنا بني آدم" (الاسراء: ٧٠) وجاء في رسالة الامام علي بن أبي طالب للأشتر النخعي لما ولاه على مصر: "الناس عندك صنفان: اما أخ لك في الدين، أو نظير لك في الخلق"(١).

ثانيها: حرص الإسلام على السلام الوطيد الأركان المستقر الدائم، وأن الحرب ضرورة استثنائية فقط، قال عمرو بن العاص لأرطبون الروم قائد معركة أجنادين في فلسطين: "أدعوك الى الاسلام، فان أبيتم فالتسليم ودفع الجزية، وان أبيتم فالحرب الحرب، اننا دعاة سلام واسلام، نجاهد من أجل الحق واعلاء كلمة الله". وجاء في كتاب الامام علي بن أبي طالب للأشتر النخعي: "اياك والدماء وسفكها بغير حلها فانه ليس شيء أدعى لنقمة ولا أعظم لتبعة، ولا أحرى بزوال نعمة وانقطاع مدة، من سفك الدماء بغير حقها، والله سبحانه مبتدىء بالحكم بين العباد فيما تسافكوا من الدماء يوم القيامة"(٢).

وهذا دليل واضح على أن الأصل في اراقة الدماء هو الحظر أو المنع، وأن جوهر رسالة الاسلام تحقيق السلام العام، واظهار الرحمة العامة بجميع أبناء البشر. فاذا اضطر أتباعه الى خوض الحرب، كانوا الفرسان المغاوير لإحراز

---

(١) نهج البلاغة: ٢ ص/١١١.

(٢) نهج البلاغة: ١٤٣/٢.

النصر، والقضاء على النزاع الطارىء، للعودة الى أصل السلام، وتوفير الأمن والطمأنينة والاستقرار ، قال الله تعالى: "وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة، ويكون الدين لله، فإن انتهوا فلا عدوان الا على الظالمين" (البقرة: ١٩٣). ولس معنى السلام بداهة الاستسلام للأعداء وانما هو سلم القوي الحذر الذي يعد العدة الكافية دائما لمجابهة الأعداء عند الاقتضاء واللزوم.

ثالثها: إن الاسلام لم يكتف بنداء السلام أو بمبدأ التعايش السلمي نظريا، وانما صنعه فعليا، ودعا الى أكثر من ذلك وهو التسامح والتعايش الودي الذي يتجاوز المسالمة الى تحقيق المودة والمحبة والمشاركة في العيش الحر الكريم والعدل التام في المعاملة والقضاء ، قال الله تعالى: "لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين، ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم، وتقسطوا اليهم، ان الله يحب المقسطين" (الممتحنة:٨).

رابعا: ان المسلمين أصحاب رسالة إلهية يريدون تبليغها للناس، والتوصل إلى قبولهم، واغراء الناس بمبادئها وأحكامها وتشريعاتها لأنها رسالة سلام وحق، وهم أيضا يلتزمون بأخلاق الاسلام على أنها جزء من العقيدة والدين، فلا تجد فيهم غلظة أو وحشية أو قسوة تخرجهم عن الحدود الانسانية، وهم أرحم الناس بالناس، ولا يلجؤون الى شيء من الأذى والضرر الا بقدر الحاجة أو الضرورة، ولا يرضون بالظلم ولا يظلمون الناس.

لكل هذه الاعتبارات والمبادىء تكون العودة الى السلام قريبة وسريعة الحصول وتنتهي الحرب بوسائل متعددة أهمها ست ما يأتي:

١ ـ اعتناق الإسلام:

تنتهي الحرب بالدخول في عقيدة الإسلام، لأنه الهدف المنشود من حوار المسلمين مع غيرهم، ولأنه يجسد القيم العليا الصالحة للمجتمعات الرشيدة، ويكون الاتحاد في الملة سببا لاقرار سلم دائمة قائمة على مصالح مشتركة وغايات واحدة، وقد كان النبي صلى الله عليه ،سلم اذا بعث بعثا قال: "تألفوا الناس وتأنوا بهم، ولا تغيروا عليهم حتى تدعوهم ـ أي الى الاسلام ـ فما على الأرض من أهل بيت من مدر ولا وبر إلا أن تأتوني بهم مسلمين أحب الي من أن تأتونى بأبنائهم ونسائهم وتقتلوا رجالهم"(١).

---

(١) شرح السير الكبير: ٥٩/١.

٢ ـ المعاهدة أو الصلح:

تنتهي الحرب اما بالهدنة أو الصلح المؤقت، أو بالصلح المؤبد الذي يكون في ظله المسلمون وغيرهم في تعايش سلمي دائم. كما تنتهي الحرب بأمان (تأمين) صادر من قائد أو رئيس مسلم لأهل حصن أو اقليم أو بلد كما سأبين. ويمكن أيضا عقد معاهدات مع غير المسلمين لإقامة علاقات حسن جوار أو علاقات ودية أو تجارية أو لأغراض أخرى، أو من أجل قبول فكرة حياد شعب أو دولة، وتكون هذه المعاهدات سبيلا لتوطيد السلم والأمن الدوليين. ويفضل المسلمون إقامة السلام على أساس المعاهدات.

ولهذا فان انضمام الدول الاسلامية إلى ميثاق الأمم المتحدة القائم على إقرار وحماية مبدأ السلام العالمي يعد متفقا مع تشريع الإسلام، ومنسجما مع تطلعاته في توفير المناخ الملائم لتوطيد أركان السلم العالمي، والتمكين من نشر الدعوة الإسلامية في أرجاء العالم بالطرق السلمية.

٣ ـ الفتح:

أي ضم أراضي بلد آخر بالقوة، وهذا كان سائدا في الماضي، وهو قائم على أساس مبدأ المعاملة بالمثل وبه تنتهي الحرب.

٤ ـ ترك القتال أو الانسحاب الجماعي للجيش:

يجوز الانسحاب حين وجود مصلحة في الانصراف عن الحرب أو لتفادي ضرر أكبر حال الاستمرار في المعركة. وحينئذ تنتهي الحرب من الناحية الفعلية، وربما يكون إنهاء الحرب بعدئذ سببا للدخول في مفاوضات لعقد معاهدات سلمية وأمنية.

٥ ـ التحكيم:

وهو اتفاق بين طرفين أو أكثر على إحالة النزاع بينهم الى طرف آخر ليحكم فيه. وهو سبيل لإنهاء الحرب وتوفير السلم..

أما تسوية القتال بين بلدين أو شعبين مسلمين، فيكون بالطرق السلمية والمساعي الحميدة والمصالحة، بالرغم من شدة مخالفة وجود هذه الحرب لقواعد الاسلام، قال الله تعالى: "إنما المؤمنون اخوة، فأصلحوا بين أخويكم، واتقوا الله لعلكم ترحمون.." (الحجرات: ١٠)، واذا كان التدخل الحربي الجماعي المحايد من الأمة الاسلامية سببا ناجعا لإنهاء الحرب بين فئتين إسلاميتين، فلا مانع منه

شرعا، لقوله تعالى: "وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما، فإن بغت إحداهما على الأخرى، فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله ، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل، وأقسطوا إن الله يحب المقسطين" (الحجرات: ٩).

وبناء عليه تكون صورة المجتمع الدولي في التصور الاسلامي قائمة على أساس وجود شعوب اسلامية، وشعوب محايدة، وشعوب معاهدة، وأذا وجدت المعاهدة فلا يجوز اعلان الحرب على المعاهدين الا اذا صدر منهم ما يدل على نقضها، أو خيفت خيانتهم، فينبذ العهد لهم، ويحاربون اذا توافرت القوة اللازمة، من أجل العودة الى قاعدة السلام، وهذا ما يسمى بمبدأ نبذ العهد، تحرزا من الغدر والخيانة عملا بالقاعدة الاسلامية: "وفاء بعهد من غير غدر خير من غدر بغدر" قال الله تعالى: "وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء" (الانفال:٥٨) أي متساوين في العلم بنقض العهد.

وانقسام العالم في تقدير الفقه الإسلامي الى دار إسلام ودار حرب انقسام مؤقت ناشئ من نشوب الحرب كما هو معروف الآن من وجود منطقة حرب ومنطقة حياد، فاذا ما انتهت الحرب، عاد الناس الى الأصل العام وهو كون الدنيا دارا واحدة تجمع جميع الأمم والشعوب كما قرر ذلك الامام الشافعي(١).

٦ ـ عهود الأمان:

انفرد النظام الإسلامي بين النظم العالمية بما يعرف بعقود أو عهود الأمان التي يمكن التوصل بها الى إنهاء الحرب وإقرار السلام مع الآخرين ولو بواسطة الأفراد العاديين. فللمسلم أو المسلمة منح أحد أفراد العدو أمانا من أجل الدخول الى ديار الإسلام، أو للسماح له بسماع القرآن الكريم والتعرف على حقيقة دعوة الإسلام، أو للتجارة والسياحة، أو للمفاوضة وتبليغ السفارات وخطابات الحكام "السفراء والقناصل" أو لإنهاء الحرب ورفع راية السلام في ناحية معينة من نواحي الحصار الحربي في قلعة أو حصن.

والأمان: هو عقد يفيد ترك القتل والقتال مع الحربيين(٢)، أي الأعداء وهو نوعان: خاص وعام، والأمان الخاص: هو ما يكون للواحد أو لعدد قليل محصور، كعشرة، فما دون. والأمان العام: هو ما يكون لجماعة كثيرة غير محدودة، كأهـل

---

(١) تأسيس النظر للدبوسي: ص ٥٨.

(٢) مغني المحتاج: ٤/٢٣٦.

ولاية أو إقليم، ولا يعقده الا الامام الحاكم ونائبه كالهدنة، أو الصلح المؤقت، لأنه من المصالح العامة التي لا يستطيع تقديرها غير ولي الأمر.

ونظام الأمان يحقق كل أنواع الحماية والرعاية والاطمئنان لشخص العدو وأمواله وأسرته في بلاد الاسلام، أو لعقد الصلات السلمية والمبادلات التجارية وغيرها، فهو من الدعائم الأصلية لإقرار السلام، وقد كان إعطاء الأمان لوفود المسيحية في الحروب الصليبية نتيجة التسامح الاسلامي يعد أساسا للمعاملات الدولية(١).

وبالأمان كفل الاسلام للرسل والسفراء مختلف أنواع الحماية والحصانة الشخصية والمالية، وأضفى عليهم كل صنوف التكريم والإعزاز، حتى وان أساؤوا للمسلمين، ليتمكنوا من أداء مهامهم السلمية والانسانية، ويحققوا الخير والتعاون والسلم بين دول العالم وفئاته وشعوبه.

وأدلة مشروعية الأمان فيما ذكر : ما جاء في القرآن الكريم وهو قوله تعالى: "وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله، ثم أبلغه مأمنه" (التوبة: ٦) قال ابن كثير في تفسير الآية: والغرض أن من قدم من دار الحرب الى دار الاسلام في أداء رسالة أو تجارة أو صلح أو مهادنة، أو حمل جزية أو نحو ذلك من الأسباب، وطلب من الامام أو نائبه أمانا، أعطي أمانا مادام مترددا في دار الإسلام، وحتى يرجع الى داره ومأمنه(٢)..

وقال القرطبي أيضا: وقد كان المشركون يطلبون لقاء الرسول صلى الله عليه وسلم لأجل الكلام في الصلح وغيره من مصالح دنياهم(٣).

وجاء في السنة النبوية ما يدل صراحة على صحة الأمان من كل مسلم مكلف مختار، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: "ذمة المسلمين واحدة، يسعى بها أدناهم، فمن أخفر مسلما، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين"(٤).

---

(١) أصول العلاقات السياسية الدولية للدكتور أحمد سويلم العمري: ص٤٩.

(٢) تفسير ابن كثير: ٢/٣٣٧.

(٣) تفسير القرطبي: ٨/٧٧.

(٤) رواه أحمد والبخاري عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه. ورواه أيضا مسلم عن أبي هريرة.

ولم يتعرض النبي صلى الله عليه وسلم بأي أذى أو إساءة لمبعوثي مسيلمة الكذاب، وقال "لو كنت قاتلا رسولا لقتلتكما" قال عبدالله بن مسعود رضي الله عنه: فمضت السنة أن الرسل لا تقتل(١). وقال النبي صلى الله عليه وسلم بعد أن رد مبعوث قريش اليهم الذي جاء مسلما تنفيذا لبنود صلح الحديبية: "اني لا أخيس بالعهد، ولا أحبس البرود(٢) أي لا أنقض العهد، ولا أمنع الرسل من العودة لبلادهم.

وأجمع فقهاء الإسلام، على حماية الرسل والسفراء، وأجازوا للمبعوث السياسي أن يدخل بلاد المسلمين من دون حاجة إلى عقد أمان(٢)، ولم يجيزوا الغدر برسل العدو وسفرائه، حتى ولو قتل الأعداء رهائن المسلمين والموجودين عندهم، فلا تقتل رسلهم، لقول بعض الصحابة كما تقدم: "وفاء بعهد من غير غدر خير من غدر بغدر"(٣).

وتطبيقا لهذا المبدأ السامي كان العرب في الحروب الصليبية يرعون حرمة الرسل الأوروبيين، بخلاف ما كان يلقاه رسل المسلمين لدى الغربيين الصليبيين من إهانة وإيذاء(٤) . ومثاله أن صلاح الدين الأيوبي كان يذهب بنفسه لعلاج ريتشارد قلب الأسد من مرضه الخطير الذي أصابه ، ويطلق سراح الأسرى الفرنجة بشفاعة نسائهم ، مما يدل على موقف إنساني رفيع للمسلمين والإسلام .

ثالثا: الجوانب الانسانية المميزة للحرب لدى المسلمين:

عرفنا كثيرا من الجوانب الانسانية للحرب التي يخوضها المسلمون مع غيرهم، سواء في بدئها أو أثنائها أو في نهايتها، ويمكن توضيح بعض هذه الجوانب فيما يلي:

---

(١) رواه احمد وأبوداود والنسائي وابن حبان والحاكم عن أبي رافع.

(٢) شرح السير الكبير: ١٩٩/١، المبسوط للسرخسي: ٩٢/١٠، القوانين الفقهية: ص١٥٤.

(٣) السير الكبير: ٣٢٠/١، الخراج لأبي يوسف: ص١٨٨.

(٤) رسل الملوك : ص ١٣٩، ١٥٣.

١ ـ حماية السكان المدنيين وأموالهم:

الحرب مقصورة في الاسلام على الجيوش المتحاربة، فلا تتعداها الى بقية شعب دولة ذلك الجيش المعادي، وتكون الأعمال الحربية موجهة أصالة الى المقاتلين، ويكون قتل العدو جائزا في الحرب اذا شارك برأي أو تدبير أو قتال، ولا يجوز شرعا قتل غير المقاتلة ممن يسمون حديثا بالمدنيين من نساء وأطفال ورهبان وفلاحين وعلماء وغيرهم الا اذا قاتلوا بالفعل أو بالإمداد العسكري أو المادي أو بالرأي والمشورة والتخطيط، للأحاديث النبوية الناهية عن قتل النساء والصبيان والشيوخ ونحوهم، منها قول النبي صلى الله عليه وسلم "لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا"(١) "لا تقتلوا امرأة ولا وليدا" "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والصبيان " وروى البيهقي وأبو داود عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "انطلقوا باسم الله، وضموا غنائمكم، وأحسنوا ان الله يحب المحسنين" وقال ابن عباس: كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا بعث جيوشه قال: "لا تقتلوا أصحاب الصوامع" وهذا رأي أغلبية الفقهاء(٢).

وكل من لا يحل قتله في حال الحرب أو القتال، لا يحل قتله بعد الفراغ من القتال، وكل من يحل قتله في حال القتال اذا قاتل، يباح قتله بعد الفراغ من القتال من حيث المبدأ أو للضرورة أو المصلحة العامة، الا الصبي والمعتوه الذي لا يعقل، فانه يباح قتلهما فى حال القتال اذا قاتلا، ولا يباح قتلهما بعد الفراغ من القتال اذا أسرا، حتى وان قتلا جماعة من المسلمين في أثناء القتال، لأن القتل بعد الأسر عقوبة، وهما ليسا من أهل العقوبة ، فأما القتل في حال القتال فلدفع شر القتل، فاذا وجد الشر منهما، فأبيح قتلهما، لدفع الشر، لا بعد زواله. وكذلك اذا تترس الأعداء بالنساء والصبيان ونحوهم فلا يجوز قتلهم ورميهم حينئذ في رأي الإمامين مالك والأوزاعي الا في حال مخافة العدو على المسلمين أو اجتياح ديارهم وبلادهم(٣).

واذا تترس الأعداء بأسرى مسلمين، جاز قتلهم من غير قصد لهم بذواتهم وأعيانهم لضرورة الحرب، وحفاظا على مصلحة المسلمين المحاربين، ويقصد

---

(١) الذرية: الولدان، والعسيف: الأجير.

(٢) الشرح الكبير للدردير: ١٧٧/٢، البدائع: ١٠١/٧، كشاف القناع: ٣١/٣، الأحكام السلطانية لأبي يعلى.

(٣) الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي: ١٧٨/٢، نيل الأوطار: ٢٠١/٧.

بالضرب الأعداء، عملا بمبدأ المصالح المرسلة، أو رعاية لحالة الضرورة الحربية كالخوف على المسلمين وديارهم(١).

ولا يجوز اتلاف شيء من أموال العدو من أبنية وزروع وأشجار ومنشآت مدنية كالجسور والطرق الا لضرورة أو حاجة حربية، كالذي يعوق التحركات العسكرية في ميدان القتال، او يختفي العدو وراءه، وأما ما لا حاجة لاتلافه، أو ما تدعو الحاجة الى ابقائه لمصلحة عامة، كالخزانات المائية، فلا يجوز اتلافه لما فيه من الإضرار، أو احتمال المعاملة بالمثل بالنسبة للمسلمين.

وتشدد بعض الفقهاء كالأوزاعي والليث وأبي ثور، وأحمد في رواية عنه، فلم يجيزوا إتلاف شيء من أموال العدو مطلقا، للنهي الشرعي عن الفساد في الأرض، في قوله تعالى "ولا تعثوا في الأرض مفسدين" (البقرة: ٦٠) وقوله سبحانه: "ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها" (الأعراف: ٥٦) وقوله عز وجل: "واذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل، والله لا يحب الفساد" (البقرة: ٢٠٥)(٢).

ولا يجوز في رأي كثير من الفقهاء ذبح الحيوان الا لأكل، أو للضرورة أو لخوف ضرره لو ترك، لأن الضرورات تبيح المحظورات، ولقول أبي بكر في وصيته المشهورة السابقة :« ولا تعقرن شاة الا لمأكلة "ونهى عمر بن عبدالعزيز عن عقر الدابة اذا هي قامت(٣).

٢ ـ المبادىء الأخلاقية الاسلامية المقيدة لنظام الحروب:

يلتزم المسلون في حروبهم بنماذج إنسانية مثالية رائعة تعد هي أسمى وأكرم المبادىء الإنسانية والأخلاق الرفيعة التي استفيد منها في المعاهدات الدولية من مثل ما ذكر سابقا وما يذكر هنا، وجعلت المسلمين مضرب الأمثال في معاملتهم

---

(١) المبسوط للسرخسي: ٦٤/١٠، التاج والاكليل للمواق: ٣٥١/٣، المهذب:٢٣٤/٢،الأحكام السلطانية للماوردي: ص٣٩، كشاف القناع: ٣٩/٣.

(٢) المغني لابن قدامة: ٤٥٣/٨ وما بعدها.

(٣) مغني المحتاج: ٢٢٧/٤، والمهذب: ٢٣٤/٢، المغني: ٤٥١/٨، المحلى: ٣٤٣/٧.

للأعداء، وترفعهم عن دناءات العدو، وتساميهم عن ألوان الغيظ والحقد والكراهية والتعصب الجاثمة في نفوس أعدائهم لأن المسلمين أصحاب رسالة الهية، ودعاة هداية ونور وحكمة واصلاح وحب وانقاذ للبشرية من الانحراف والضلالة.

وقد نص عليها القرآن الكريم، وجعلها قيوداً على واقعة الحرب وآثارها، وأهمها ما يأتي(١):

أولا: الوفاء بالعهود والمواثيق وتحريم الغدر والخيانة: قدس الاسلام المعاهدات وأمر المسلمين بالوفاء بأحكامها، وحرم المساس بها والعمل على نقضها من جانبهم، لقول الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة: ١) وقوله سبحانه: "وأوفوا بالعهد ، ان العهد كان مسئولا" (الاسراء: ٣٤) وقوله عز وجل: "وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها" (النحل: ٩١).

والوفاء بالعهد واجب، ولو في حال استنصار فئة مسلمة مستضعفة بالدولة الاسلامية، ما لم تكن النصرة على قوم معاهدين، قال الله تعالى: "وان استنصروكم في الدين فعليكم النصر الا على قوم بينكم وبينهم ميثاق" (أنفال: ٧٢) فلا تنصر تلك الفئة على المعاهدين من الأعداء.

وقد كان شرف الوفاء بالعهد في تاريخ المسلمين هو عنوان القادة العسكريين الذي أشاع دعاية طيبة ممتازة عنهم، وجعلهم أهلا لكل احترام، وقبول لرسالة الاسلام، ومبادرة الى اعتناق عقيدته، والاعتزاز بتشريعه ومبادئه.

ثانيا: احترام انسانية الانسان وتكريمه والشعور الصادق بالأخوة الانسانية: يشعر المسلم أنه عضو في أسرة إنسانية كبرى، وتربطه بها رابطة الأخوة البشرية، فالناس كلهم أبناء أب واحد، وهم مخلوقون من نفس واحدة، كما قال تعالى: "يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة" (النساء: ١) والله تعالى في كتابه العزيز كرم النوع البشري فقال: "ولقد كرمنا بني آدم.." (الاسراء: ٧٠) ودعا الناس جميعا الى التعارف والتآلف والتعاون والتعايش السلمي، وتسوية المنازعات والحروب بالود والثقة والمحبة، فقال: "ياأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى، وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ..." (الحجرات: ١٣).

---

(١) تمهيدات الجزء الأول لكتاب السير الكبير للأستاذ الشيخ محمد أبوزهرة ص٤١-٥٣.

وحرم رسول الانسانية محمد بن عبدالله صلوات الله عليه كل ما يمس كرامة الانسان حيا أو ميتا، فلم يجز التجويع والإظماء من غير مسوغ، ولا النهب والسلب للأموال ولا التمثيل بأشخاص العدو، قائلا: "إياكم والمثلة ولو بالكلب" بالرغم مما فعله المشركون في غزوة أحد بعمه الحمزة بن عبدالمطلب. وقد ذكرنا وصيتي النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر الصديق لقادة الجيوش باجتناب المثلة.

وذكر الأستاذ الدكتور حامد سلطان رئيس قسم القانون الدولي العام في حقوق القاهرة ثلاثة عوامل كان لها أثر حاسم في ظهور قواعد قوانين الحرب، وارتقائها الى مرتبة القواعد القانونية، وهي عامل الضرورة لاستعمال أساليب العنف والقسوة والخداع في الحرب، وقد عرفنا أن مشروعية الحرب في الاسلام كانت للضرورة ، وعامل الفروسية، وعامل الانسانية . وذكر ان المسلمين كانوا يطبقون قواعد الفروسية في قتالهم مع المسيحيين ولم يكن المسيحيون يحترمونها، وذكر مثلا لذلك أن القائد صلاح الدين امتنع من قتل ريتشارد قلب الأسد عندما قتلت فرسه، بل أرسل له فرسا جديدا ليركبها ريتشارد، وذكر أيضا ان لمبادىء الأديان السماوية أثرا كبيرا في دعم عامل الانسانية، وفي تأثيره على القتال، لما ينطوي عليه من رحمة وشفقة، وقال: لعل الدين الاسلامي كان أكثر الأديان تأثيرا في هذا الخصوص(١).

ثالثا: اعتبار مبدأ الفضيلة والتقوى أساس العلاقات الدولية في الحرب والسلم على حد سواء، والفضيلة والتقوى جامعة لكل معاني الخير والسمو من أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، وترفع عن الدنايا، والتزام بأوامر الله تعالى، واجتناب نواهيه، وعدم الانغماس في الفواحش والمعاصي والقاذورات التي يستسيغها العدو. وبناء عليه، لا يحل التمثيل بالقتلى كما تقدم، ولا الظلم والبغي، ولا قتال غير المقاتلة، ولا التدمير والتخريب لغير ضرورة حربية، ولا انتهاك للأعراض أو الزنا، وحتى وان اقترفه العدو، لأن الأعراض حرمات الله تعالى في كل أرض وزمان ومكان، ولا يختلف التحريم لها باختلاف الأشخاص والأجناس والأديان، لأن الدين والخلق يصاحبان المسلم أينما كان.

---

(١) بحث الحرب في نطاق القانون الدولي، أ.د حامد سلطان في المجلة المصرية للقانون الدولي ص:١٩ المجلد ٢٥.

ويعامل المسلمون كما سيأتي بيانه أسرى الحرب معاملة كريمة طيبة، ويميلون غالبا للعفو عند المقدرة، ويطلقون سراح الأسرى غالبا من غير مقابل ان لم يوجد لهم أسرى عند الأعداء.

رابعا: ملازمة مبدأ الرحمة والشفقة بقدر الامكان: وهذا من أخلاق المسلم حتى مع عدوه، فاذا تحقق الظفر أو النصر على الأعداء، عوملوا معاملة رحيمة كريمة، فان الله تعالى يأمر المسلمين بعد انتهاء الحرب بالكف عن القتل، ومنطق الاسلام في هذا دائما: "عفا الله عما سلف، ومن عاد فينتقم الله منه، والله عزيز ذو انتقام" (المائدة: ٩٥). وقد عفا النبي الكريم عن مشركي مكة، وقال لهم: "اذهبوا فأنتم الطلقاء" "أي الأحرار. وليس منطق الاسلام ما يقوله بعض القادة المعاصرين: "ويل للمغلوب". قال جوستاف لوبون: "ما عرف التاريخ فاتحا أرحم ولا أعدل من العرب"(١). لكن ينبغي التعقيب على هذا، ليعرف أن الجهاد في الاسلام وما يحققه من آثار ليس فتحا ماديا استعماريا، ولكنه إنقاذ وتحرير للشعوب(٢) من الظلم والكبت والاستبداد ومصادرة الحريات.

خامسا: العدالة المطلقة: العدالة أساس كل علاقة انسانية داخلية وخارجية في الإسلام، لأن الظلم والطغيان أساس خراب المدنيات وزوال السلطة وانهيار النظم قال الله تعالى: "ان الله يأمر بالعدل والاحسان..." (النحل: ٩٠). ونص القرآن الكريم على وجوب العدل مع الأعداء، فقال تعالى: "ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا، اعدلوا هو أقرب للتقوى ، واتقوا الله، ان الله خبير بما تعملون" (المائدة: ٨). وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث القدسي عن الله تعالى: "يا عبادي اني حرمت الظلم على نفسي، فلا تظالموا"(٣). وكان الخلفاء والقواد العسكريون المسلون مضرب المثل في العدل مع غيرهم، وتلازم الاخاء الانساني، مع العدل في تقدير الاسلام(٤). ومن أمثلة العدالة الاسلامية: معاقبة عمر بن الخطاب على سبيل القصاص ابن واليه عمرو بن العاص لضربه مصريا قبطيا من دون وجه حق، وقال لعمرو: "متى استعبدتم الناس، وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا"(٥).

---

(١) حضارة العرب: ص١٤٦.
(٢) العلاقات الدولية في الاسلام للشيخ محمد أبوزهرة: ص٣٢.
(٣) رواه مسلم عن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه.
(٤) حياة محمد صلى الله عليه وسلم لمحمد حسين هيكل: ص٢٢٩.
(٥) سيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنه لعلي الطنطاوي وأخيه ناجي.

سادسا: مبدأ المعاملة بالمثل: راعى الاسلام لظروف واقعية واعتبارات كثيرة مبدأ المعاملة بالمثل في كثير من أحكام الحرب وقواعد القتال وآثاره، فقال الله تعالى: "الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص ، فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم، واتقوا الله ، واعلموا أن الله مع المتقين" (البقرة: ١٩٤) وقال الله تعالى: "وقاتلوا المشركين كافة ، كما يقاتلونكم كافة ، واعلموا أن الله مع المتقين" (التوبة: ٢٦). ومن قواعد الاسلام: "عامل الناس بما تحب أن يعاملوك به".

ويلاحظ أن الاسلام زاد على هذا المبدأ ضرورة مراعاة قواعد الفضيلة والتزام ميزان التقوى، بحيث لا ينحدر المسلمون الى ما يتنافى مع الأخلاق والقيم الإنسانية الكريمة، وإن اقترف العدو المخالفة لهذه القواعد والموازين، حتى تتحقق العدالة، وتظهر مزية اتباع أحكام الدين السماوي.

ومن ثمرات هذا المبدأ مراعاة ما يفعله العدو في بدء الحرب وأثنائها ونهايتها من خطط وأفعال ومبارزات، فتعلن الحرب لدفع العدوان، ويقتصر من القتال ووسائله على قدر الحاجة والمصلحة، وتسوى آثار الحرب على وفق الأعراف الدولية والاتفاقيات العالمية والقواعد المتبعة في شأن الأسرى والأموال وغيرها. مع الأخذ بعين الاعتبار بمبدأ العفو والصفح، حسبما يتناسب مع ظروف الحرب وغاية القتال وأحوال العدو.

وكل هذه المبادىء الأخلاقية نابعة من أمرين: نبذ القوميات والعنصريات والحرص على إقامة سلام عالمي فعال تسود فيه الحرية والقيم الإنسانية، وتنعم البشرية فيه بالأمن والاستقرار، وتنشغل بما يوطد دعائم المدنية، وتزدهر به الحضارة العالمية.

٣- معاملة الأسرى والجرحى والمرضى والقتلى في الاسلام:

تميزت معاملة المسلمين لأسرى العدو وجرحاه ومرضاه بالرفق والرحمة والإنسانية، والتكريم والبر والإحسان، والإنقاذ والعلاج، وصون الكرامة نظريا وواقعيا، عملا بوصية النبي صلى الله عليه وسلم للقادة وغيرهم: "استوصوا بالأسارى خيرا" وبقوله تعالى: "ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا، انما نطعمكم لوجه الله، لا نريد منكم جزاء ولا شكورا" (الدهر: ٨-٩).

وكان المسلمون يخصون في مبدأ الإسلام الأسرى بالخبز لقلته عندهم، ويأكلون هم التمر لكثرته، كما فعلوا مع الأسير أبي عزيز بن عمير، لوصية رسول

الله صلى الله عليه وسلم اياهم به(١)

وبناء على تلك الوصية قال الفقهاء: لا يجوز تعذيب الأسير بالجوع والعطش وغيرهما من أنواع التعذيب، لأن ذلك تعذيب من غير فائدة. وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في بني قريظة بعدما احترق النهار في يوم صائف: "لا تجمعوا عليهم حر هذا اليوم وحر السلح، قيلوهم حتى يبردوا".

وكان يقدم للأسير عدا الطعام والشراب الكسوة الملائمة والعلاج الناجع، ولا يكره الأسير على الإدلاء بالأسرار العسكرية، ويتقرر مصيره حيا اما باعتناقه الإسلام طواعية واختيارا، أو بالمن عليه واطلاق سراحه دون مقابل، أو بالمفاداة وتبادل الإسرى، وقد يكون الفداء تعليم صبية المسلمين القراءة والكتابة، كما أمر النبي صلى الله عليه وسلم في شأن أسرى المشركين في موقعة بدر الكبرى، حيث كان المتعلم منهم يعلم عشرة من صبيان المسلمين القراءة والكتابة.

واستمر العمل بهذا المنهاج في العصور الاسلامية، ومثاله: دخل الخليفة عمر ابن عبدالعزيز في مفاوضات مع البيزنطيين (الرومان) للبحث في مشكلة الأسرى المسلمين وغير المسلمين" ومفاداتهم عقب الحملات التي وجهت في آسيا الصغرى طوال حكم الخلفاء السابقين.(٢).

وكانت معاملة الأسرى في الحروب الصليبية من قبل صلاح الدين الأيوبي والقادة المسلمين مثلا أعلى في التسامح والترفع والسمو، من ذلك: انه توسل الى صلاح الدين رهط من النساء وناشدنه أن يفك سراح أزواجهن وأولادهن" فتأثر صلاح الدين بتوسلاتهن" وأمر برد الأسرى الى أقاربهم، ووزع الصدقات على اليتامى والأرامل، وعمل على إسعاف الجرحى ومعالجة المرضى بحجاج المسيحيين(٣).

وكان الصليبيون على العكس يقتلون الأسرى، كما فعل ريتشارد قلب الأسد الانجليزي الذي قتل من المسلمين أمام بيت المقدس ثلاثة آلاف، وقتل الصليبيون في الحملة الصليبية الأولى من الأهالي ما يزيد عن سبعين ألفا.

---

(١) روى القصة الامام احمد (مجمع الزوائد: ٨٦/٦).

(٢) التاريخ السياسي للدولة العربية للدكتور عبدالمنعم ماجد: ٢٦٨/٢.

(٣) تاريخ الإسلام السياسي للدكتور حسن ابراهيم: ١١٢/٤.

وكان المسلمون الأوائل يحتجزون الأسرى اما في المساجد أو في معتقلات خاصة بهم، أو يوزعونهم على جماعة المسلمين لإيوائهم واطعامهم. وقد حبس أسرى بدر كلهم في المسجد. ووقع ثمامة بن أثال زعيم أهل اليمامة أسيرا في أيدي المسلمين، فجاءوا به الى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: أحسنوا إساره وقال لهم: "اجمعوا ما عندكم من طعام فابعثوا به اليه، وكانوا يقدمون له لبن ناقة حلوب، كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم غدوا ورواحا.

وكانوا أيضا يقدمون لهم الكسوة الملائمة صونا لكرامتهم الانسانية، فقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بكسوة ابنة حاتم الطائي، وحملها ما تحتاجه، وأعطاها نفقة، ثم خرجت مع رهط من قومها.

وللدولة الاسلامية محاكمة الأسير اذا ارتكب بعض المخالفات، لأنه تحت سلطة الدولة، ويخضع لنظامها وحكمها. قال أبويوسف: والأسير من أسرى المشركين لابد أن يطعم ويحسن اليه حتى يحكم فيه(١). وليس من الاحسان اليه في شيء تركه بدون كسوة تليق به.

ولا يعذب الأسير ولا يضرب لإكراهه على الإدلاء بأسرار عسكرية، لعدم جدوى ذلك، وعدم الاستفادة من أخباره حول قضايا دولته، لكذبه عادة، ومن أمثال العرب: "أكذب من أخيذ الجيش" أي الأسير. سئل الامام مالك رحمه الله: أيعذب الأسير إن رجي أن يدل على عورة(٢) العدو؟ فقال: ما سمعت بذلك.

ومصير الأسرى شرعا وعادة في الغالب اما المن عليهم "اطلاق سراحهم بدون مقابل" أو مفاداتهم أي (تبادل الأسرى أو اطلاق سراحهم بمقابل). قال عبدالله ابن عمر وسعيد بن جبير والحسن البصري وعطاء: إن حكم الأسرى إما المن أو الفداء فقط دون سواهما لقوله تعالى: "فشدوا الوثاق، فإما منا بعد وإما فداء، حتى تضع الحرب أوزارها" (محمد: ٤) فخير بين هذين بعد الأمرين لا غير، ويكره قتل الأسرى(٣). ولم يقتل المسلمون الأسرى الا في حالات نادرة جدا، كقتل واحد أو اثنين بعد معركة بدر الكبرى، لكيدهما وشدة إيذائهما نبي الله والقرآن . وهذا جائز اليوم في القانون الدولي بسبب جريمة حربية .

---

(١) الخراج لأبي يوسف: ١٤٩.

(٢) عورات العدو: خفاياه وأسراره وأماكن الضعف لديه.

(٣) بداية المجتهد: ٣٠٤/١ ، المغني ٣٧٢/٨ وما بعدها.

وإذا أسلم الأسير المكلف (البالغ العاقل) عصم الاسلام دمه، وحرم قتله عند جميع العلماء، لحديث البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أمرت أن أقاتل الناس(١) حتى يشهدوا أن لا اله الا الله ، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها ».

وإذا أسلم أحد من السبى (النساء أو الصبيان) فلا يجوز رده الى بلاد الحرب، منعا من الفتنة في الدين أو الاعتداء على شرف المسلمة، لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن، الله أعلم بإيمانهن، فإن علمتموهن مؤمنات، فلا ترجعوهن الى الكفار، لا هن حل لهم و،لا هم يحلون لهن..." (الممتحنة: ١٠).

ويجوز الاستئسار للعدو، أي تسليم الأسير نفسه للأسر، برفع الراية البيضاء ونحوها من علامات الاستسلام، اذا علم أنه سيقتل إن لم يستأسر أو خاف أن يغلب، لأن الأسر يحتمل الخلاص والنجاة(٢).

ويجوز تشغيل الأسرى لقاء أجر، وليس للمسلم أن يخون صاحب العمل، وانما يتقنه كالمعتاد، لأن "الأصل في الأشياء الاباحة حتى يدل الدليل على التحريم(٣). وأجاز بعض الفقهاء خلافا للأغلبية للأسير المسلم ان يقاتل مع العدو عدوا آخر غير مسلم(٤).

ويجب على الدولة الإسلامية فكاك أسراها من أيدي العدو اما بمقابل أو عوض أو بغير مقابل لقوله صلى الله عليه وسلم: "فكوا العانى - أي الأسير - وأطعموا الجائع وعودوا المريض"(٥).

ويعامل المسلمون الجرحى والمرضى من الأعداء معاملة كريمة حسنة رفيقة لينة، لأن الاسلام دين الرحمة العامة بالعالمين، فيقدم لهم العلاج المناسب، وتجرى لهم العمليات الجراحية المطلوبة، ولا يقتلون. وكانت النساء المسلمات يقمن بهذا الواجب في الحروب على أحسن وجه وأكرمه.

---

(١) المراد بهم مشركو العرب بإجماع العلماء .

(٢) التاج والاكليل للمواق /٣/٣٥٧، مغني المحتاج: ٤/٢١٩، المغني: ٨/٤٨٥، كشاف القناع: ٣/٣٦.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٣٤.

(٤) التاج والاكليل للمواق: ص٣٤.

(٥) رواه البخاري وغيره عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه.

وقال العلماء: يحرم التعذيب والتمثيل بالقتلى أى القطع والتشويه بعد الظفر، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كما تقدم نهى عن المثلة، ويكره نقل رؤوس القتلى من بلادهم الى بلاد المسلمين. قال الزهري: لم يحمل الى النبي صلى الله عليه وسلم رأس قط، وحمل الى أبي بكر رأس، فأنكره، وأول من حملت اليه الرؤوس عبدالله بن الزبير(١). ولا يسلب ما يكون مع القتلى من نقود وغيرها، وانما تكون غنيمة عامة للمسلمين أو للدولة. ويجب دفن جثث القتلى حفاظا على الكرامة الانسانية، ومنعا من الأذى، وتحقيقا للصالح العام، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بدفن قتلى بدر من المشركين في مكان مشهور باسم القليب أي البئر القديمة، وحفرت خنادق لقتلى يهود بني قريظة في سوق المدينة وألقوا فيها.

هذه بعض السمات أو المميزات الإنسانية لأحكام الحرب في الإسلام، أوردناها على سبيل المثال، لأن كل ما يتعارف عليه الناس من المعاملة الكريمة في كل زمان ومكان يمكن العمل به في شريعة الاسلام، مادام محققا لمعنى الكرامة الانسانية التي يحرص عليها الاسلام، ولأن الحرب ضرورة فقط يقتصر فيها على ما تقتضيه الضرورة وتقدر بقدرها.

---

(١) المغني: ٨/٤٩٤.

أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي

"بحث مقارن"

بقلم الدكتور أنور محمود دبور *

---

* أستاذ الشريعة بكلية الحقوق بجامعة القاهرة والمعار حاليا إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة .

تمهيـــــد

تناولنا في بحث سابق على صفحات العدد الثاني من هذه المجلة : (١) " ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامة " وأشرنا في مقدمة هذا البحث إلى أننا سنعود مرة أخرى إلى تفصيل الحديث عن تأثير مرض الموت في التصرفات المختلفة ، ودعونا الله أن يكون لقاؤنا في هذا التفصيل على صفحات هذه المجلة .

ونحمد الله على أنه استجاب هذا الدعاء ، وها نحن نقدم في هذا العدد دراسة تفصيلية لتأثير هذا المرض في نوع من هذه التصرفات، ونعنى به عقود المعاوضات ، وسنوالي الحديث التفصيلي عن تأثيره في عقود التبرعات وغيرها من التصرفات في لقاءات أخرى على صفحات هذه المجلة ، بمشيئة الله سبحانه وتعالى .

هذا وتجدر الإشارة إلى أننا تناولنا في العدد السابق من هذه المجلة التعريف بمرض الموت ، وبينا آراء الفقهاء تفصيلا في حقيقته ، ومن ثم لا نجد ضرورة لإعادة الحديث عنه ، وسنكتفي هنا ببحث تأثير مرض الموت في عقود المعاوضات المختلفة .

---

١) وهو العدد الصادر في رمضان سنة ١٤٠٨هـ

توطئة وتقسيم :

المعاوضة في اللغة : مفاعلة من العوض ، ومعناه البدل (٢) يقال عاوض البائع المشتري مثلا : أي بادله ، وذلك لأن كلا منهما يأخذ مقابلا لما أعطى .

ويراد بعقود المعاوضة في الاصطلاح الفقهي : تلك العقود التي تقوم على أساس المبادلة وإنشاء التزامات متقابلة بين المتعاقدين .

وهذه المبادلة قد تكون مبادلة مال بمال ، وهي تشمل البيع بجميع صوره كالبيع المطلق ، والسلم ، والصرف ، وقد تكون مبادلة مال بمنفعة كالإجارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة ، وقد تكون مبادلة مال بما ليس بمال كالزواج (٣) .

والخلع (٤) .

هذا ولا يصح الاعتراض على عقود المعاوضات التي ينشئها المريض مرض الموت إذا لم تدخلها المحاباة، لأن حقوق الدائنين والورثة تتعلق بقيمة التركة ، وقيمة التركة لا تقل بالمعاوضة الخالية من المحاباة ، إذ أن ما يخرج من التركة يدخل نظير قيمته فيها ، فلا ضرر - حينئذ - على الدائنين أو الورثة .

أما إذا اشتمل عقد المعاوضة الذي يبرمه المريض على محاباة لمن يتعامل معه فهذا هو الذي يصح للدائنين والورثة الاعتراض عليه في القدر المحابي به ، فمن حق الدائنين الاعتراض على هذا القدر في حدود ديونهم ، فإذا تبقى من هذا القدر شئ بعد سداد الديون كان من حق الورثة الاعتراض على مازاد على

---

٢) المصباح المنير، والمعجم الوسيط (مادة: عوض) وجاء في معجم مقاييس اللغة لابن فارس (مادة :عوض) ج ٤ ص ١٨٨ : "العين والواو والضاد كلمتان صحيحتان ،احداهما تدل على بدل للشيء والأخرى على زمان .."

٣) اعتبار الزواج من عقود المعاوضات - بناء على أن الزوج يدفع المهر عوضا عن استمتاعه بزوجته- هو رأى بعض الفقهاء ، وهناك فريق آخر يرى أن المهر الذي يدفعه الزوج انما هو تكريم من الله للزوجة ، لتحصل الألفة والمحبة بينها وبين الزوج، وليس في مقابلة استمتاع الزوج بها، لأنه كما يستمتع بها فإنها تستمتع به ، بل ربما كان استمتاعها به أكثر من استمتاعه بها .. انظر : حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم العبادى ج ٢ ص ١٣١ .

٤) انظر: المدخل د/سلام : المرجع السابق ص ٥٨٨-٥٩٠ ، المدخل د/شلبي : المرجع السابق ص٤٤٧-٤٤٨.

ثلث(٥) هذا الباقي ، لأن المحاباة تضر بحقوقهم ، إذ أنها في معنى التبرع .

وسنتناول أثر المرض في عقود المعاوضات في ثلاثة فصول :

الفصل الأول : في أثر المرض في عقود المعاوضات المالية .

الفصل الثاني : في أثر المرض في عقد الزواج .

الفصل الثالث : في أثر المرض في الخلع .

---

٥) انظر: الوجيز للغزالي ج ١ ص ٢٧٢-٢٧٣ . واذا باع بثمن المثل من وارث (ح) أو من بعض الغرماء نفذ من رأس المال ، فلو كان بمحاباة فقدر المحاباة من الثلث، وان نكح بأكثر من مهر المثل فالزيادة من الثلث .. فان آجر دوابه أو عبيده بأقل من أجرة المثل فالمحاباة من الثلث ..

الفصل الأول
أثر المرض في عقود المعاملات المالية

تقسيم :

يتناول حديثنا في هذا الفصل أثر المرض في كل من عقد البيع ، وعقد الإجارة، وعقد المضاربة ، وعقد المزارعة، وعقد المساقاة، وسنخصص لكل عقد من هذه العقود مبحثا خاصا .

المبحث الأول
أثر المرض في عقد البيع

تمهيد وتقسيم :

٣ - البيع في اللغة : إعطاء المثمن وأخذ الثمن . ويقابله الشراء وهو : إعطاء الثمن وأخذ المثمن (٦) .

وشرعا : عقد يتضمن مقابلة مال بمال بشروط معينة (٧) .

٤ - ولبيان أحكام بيع المريض لا بد من التفرقة بين حالتين :

الأولـى : أن يبيع أو يشتري بثمن المثل .

والثانية : أن يبيع بأقل من ثمن المثل ، أو يشتري بأكثر من ثمن المثل ، وهو ما يعرف عند الفقهاء بالمحاباة ونخصص لكل حالة من هاتين الحالتين مطلبا .

---

٦) ويقال للبيع الشراء ، ويقال للشراء البيع بحسب ما يتصور من الثمن والمثمن ، وعلى هذا جاء قوله تعالى في قصة يوسف عليه السلام عندما باعه اخوته : " وشروه بثمن بخس" (يوسف:٢٠) أى باعوه بثمن قليل ، وجاء قوله عليه السلام : " لا يبيعن أحدكم على بيع أخيه " أى لا يشتري على شرائه .. راجع مادة (بيع) في المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهانى ، معجم مقاييس اللغة لابن فارس "

٧) نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى ج ٣ ص ٣٦١ .

المطلب الأول
البيع أو الشراء بثمن المثل

٥ – إذا باع المريض أو اشترى بثمن المثل فبيعه وشراؤه نافذ ،دون توقف على إجازة من دائنيه أو ورثته ، لأن حق الدائنين والورثة لا يتعلق بأعيان التركة ، وإنما يتعلق بقيمتها ، وقيمة التركة لم تنقص ، لأن ما خرج منها قد دخل فيها ما يساويه في القيمة ، وهذا ما ذهب إليه المالكية (٨) والشافعية (٩) والحنابلة(١٠) والصاحبان(١١) .

٦ – وذهب أبو حنيفة(١٢) إلى أنه إذا باع المريض لوارثه أو اشترى منه بثمن المثل ، فإن تصرفه يكون موقوفا على إجازة بقية الورثة ، بخلاف ما إذا كان تصرفه لأجنبي فإنه يكون نافذا دون حاجة إلى إجازة الورثة .

وقد استند الإمام أبو حنيفة في عدم جواز تصرف المريض للوارث بثمن المثل إلى أن المريض متهم في ذلك بمحاباة الوارث، لأن المحاباة كما تكون بالبيع للوارث بأقل من ثمن المثل تكون بإيثاره بعين معينة من التركة ولو بثمن المثل ، ذلك أن النفوس قد تتعلق ببعض أعيان التركة دون سواها ، فإذا باعها المريض

---

٨) جاء في شرح الخرشي ج ٤ ص ٢١٥ : " .. يعنى أن صاحب المرض المخوف يحجر عليه في غير مؤ نته ، وفي غير ما يتداوى به ، لضرورة قوام بدنه ، وفي غير المعاوضة المالية كالبيع ونحوه ، مما فيه تنمية المال له ، اذا كان ذلك بغير محاباة ، والا ففي ثلثه ان مات حيث كانت المحاباة لغير وارث ، والا بطلت ، الا أن يجيزها له بقية الورثة ، فتكون عطية منهم له " وانظر : الشرح الصغير ج ٣ ص ٤٠١ .

٩) انظر: الأم للشافعي ج ٧ ص ١٠٧ فقد جاء فيها: " واذا باع الرجل المريض بيعا من بعض ورثته بمثل قيمته ، أو بما يتغابن الناس به ، ثم مات ، فالبيع جائز ، والبيع لا هبة ولا وصية فيرد " .

١٠) غاية المنتهى ج ٢ ص ٣٤١ .

١١) التلويح ج ٣ ص ١٨٤ .

١٢) المرجع السابق : نفس الموضع ، جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٤٥-٢٤٦ .

بثمن المثل لأحد الورثة كان ذلك سببا في إيغار صدور بقية الورثة عليه ، وهذا ما يحرص التشريع الإسلامي على إبعاده ، ليحل بين أفراد الأسرة الواحدة الوئام والوفاق ، والمحبة والتعاون ، ويشهد لهذا حظر الشريعة الوصية للوارث ولو بأقل من الثلث وإباحة ذلك بالنسبة للأجنبي .

٧ - وأساس الخلاف في هذه المسألة بين جمهور الفقهاء وأبي حنيفة هو الخلاف بينهم في متعلق حق الورثة هل هو قيمة التركة أو أعيانها ، فالجمهور يرى أن متعلق حق الورثة هو قيمة التركة ، ولما كانت القيمة لا تنقص بالبيع للوارث بثمن المثل قالوا بنفاذ هذا التصرف، والإمام أبو حنيفه يرى أن حق الورثة متعلق بأعيان التركة، وعليه فلا ينفذ البيع للوارث بثمن المثل لتعلق حق بقية الورثة بالعين المبيعة (١٣) .

٨ - والراجح - في نظرنا - هو رأي الإمام أبي حنيفة ، وذلك لأنه يؤدي إلى ترابط الأسرة وتعاونها ، ويبعدها عن أسباب الشقاق والاختلاف ، ومن ناحية أخري فقد رأينا فقهاء الشافعية يذهبون - في الأصح من مذهبهم - إلى عدم جواز تقسيم المورث تركته بين ورثته بطريق الوصية ، كل حسب نصيبه (١٤) ، فلا يجوز للمورث أن يوصي - مثلا - لأحد ولديه بالمصنع ، وللآخر بالمزرعة ، حتى ولو كان كل منهما قد حصل بذلك على مقدار ما يرثه ، وعللوا ذلك بأن الأعيان تختلف فيها الأغراض ، فقد يرغب من حصل على المصنع في الحصول على المزرعة، وقد يرغب من حصل على المزرعة في الحصول على المصنع ، وهكذا ، وهذا التعليل هو ما علل به الإمام أبو حنيفه تعلق حق الورثة بأعيان التركة ، مما يجعلنا نقول : إن اختلاف الأغراض في تملك الأعيان ليس رأيا لأبي حنيفة وحده، ولكنه رأي الشافعية أيضا في مسألة تقسيم أعيان التركة بين المستحقين بطريق الوصية وفقا لأنصبتهم الشرعية .

---

١٢) المرجع السابق : نفس الموضع ، جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٤٥-٢٤٦ .

١٣) راجع فقرة ٥٧ وما بعدها من مقالنا السابق في العدد الثاني من هذه المجلة ص ٩٠ وما بعدها .

١٤) جاء في تحفة المحتاج ج ٧ ص ١٦ : "..(والوصية لكل وارث بقدر حصته) مشاعا كنصف وثلث (لغو) لأنه يستحقه بغير وصية.. (وبعين هي قدر حصته) كأن ترك ابنين ودارا وقنا قيمتهما سواء ، فخص كلا بواحد ، (صحيحة وتفتقر الى الاجازة في الأصح) لاختلاف الأغراض بالأعيان .."

المطلب الثاني
البيع أو الشراء بالمحاباة

معنى المحاباة :

٩ - اختلف فقهاء الشريعة في تعريف المحاباة ، فعرفها بعضهم بأن يعاوض الشخص بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه (١٥) ، وذلك كأن يبيع بأقل من ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه (١٦) .

وعرفها المالكية (١٧) بأنها : البيع بأقل من القيمة بكثير قصدا لنفع المشتري ، أو الشراء بأكثر من القيمة بكثير قصدا لنفع البائع ، فما نقص عن القيمة في البيع أو زاد عليها في الشراء فهو عطية وهبة من المريض للمشتري أو البائع . ويظهر من تعريف المالكية للمحاباة أنهم يشترطون لتحقق المحاباة أن يقصد المريض بالتنازل عن جزء من عوضه نفع من تعامل معه ، فإذا لم يتوفر لديه هذا القصد كان ذلك غبنا (١٨) لا محاباة ، وأصحاب التعريف الأول لا يشترطون هذا الشرط في المحاباة ، فسيان عندهم أن يكون المريض قد قصد نفع من تعامل معه أولا ، طالما أنه تنازل عن جزء من عوضه لمن يتعامل معه .

١٠- والتعريف الأول هو الأقرب إلى الصحة ، لأمرين :

الأول : أن المريض يخرج في المحاباة بعض عوضه دون مقابل ، سواء قصد نفع المتعامل معه أولا ، وهذا - في حد ذاته - يلحق الضرر بالدائنين والورثة .

الثاني: أن تعريف المالكية قصر المحاباة على البيع والشراء ، مع أنها في الواقع تدخل في غير ذلك ، كالزواج ، فقد يتزوج المريض بأكثر من مهر المثل (١٩)

---

١٥) المغنى ج ٦ ص ٩٢-٩٥ وانظر فيه أقسام المحاباة الثلاثة ، وهي المحاباة في البيع والشراء ، والمحاباة في التزويج ، والمحاباة في الخلع .

١٦) كشاف القناع ج ٤ ص ٣٥٨ .

١٧) شرح ميارة على تحفة الحكام لابن عاصم ج ٢ ص ١٨ .

١٨) المصدر السابق : نفس الموضع .

١٩) المغنى ج ٦ ص ٩٢-٩٥ .

أنواع المحاباة :

تنقسم المحاباة – باعتبار من يحابيه المريض – إلى نوعين :

أ – محاباة المريض لوارثه .

ب – محاباة المريض لغير وارثه (الأجنبي) .

وستتناول كلا من النوعين في مسألة خاصة .

المسألة الأولى : محاباة المريض لوارثه :

١٢– إذا حابى المريض مرض الموت وارثه بأن باعه ما يساوي عشرة جنيهات مثلا بخمسة . أو اشترى منه ما يساوي خمسة بعشرة . فقد اختلف الفقهاء في حكم هذا التصرف على خمسة آراء :

الرأي الأول : وبه قال أهل الظاهر (٢٠) وبعض المالكية (٢١) – : أن هذا التصرف باطل مطلقا ، أي فيما يقابل ما دفع فيه العوض وفيما حابى فيه وارثه. واستدلوا على ذلك : بأن المريض المشتري دفع الثمن في مقابل المبيع كله ، والمريض لا يملك بيع المبيع كله بالثمن الذي اتفقا عليه ، لأنه أنقص من ثمن المثل، فلا يصح هذا البيع . كما لا يصح البيع عندما يقول البائع للمشتري بعتك هذه السيارة بألف جنيه فيقول المشتري قبلت شراء نصفها .

ويمكن أن يناقش هذا الدليل : بأن المريض يملك الشئ المبيع ، فله بحكم هذه الملكية بيعه كله ، لكن وقف نفاذ تصرفه على إجازة الورثة أن تصرفه بمحاباة فيه إضرار بحقهم .

---

٢٠) جاء حكم المحاباة عند الظاهرية بمناسبة بحث بيع الولي أو شرائه ممن تحت ولايته ، فقد يحابى الولي نفسه في هذا البيع أو الشراء .. انظر : المحلى ج ٨ ص ٣٧٣ المسألة ١٤٠١ ، المغنى ج ٦ ص ٩٢.

٢١) حاشية الحسن بن رحال المعدانى على شرح ميارة لتحفة الحكام ج ٢ ص ١٨ .

الرأي الثاني : وبه قال الشافعية (٢٢) : يصح البيع في الشئ المبيع كله ، سواء ما قابل منه الثمن المسمى أم المقدار الذي حابى به ، لكن لا ينفذ البيع إلا بإجازة الورثة ، فإن أجازوا نفذ البيع في المبيع كله ، وإن لم يجيزوا لم ينفذ في القدر المحابى به فقط ، ونفذ في القدر المقابل للثمن المسمى .

الرأي الثالث : وبه قال بعض المالكية (٢٣) وبعض الحنابلة (٢٤) - ينفذ البيع فيما يقابل الثمن المسمى ولا ينفذ في قدر المحاباة ولو بإجازة الورثة ، فإذا أجازوا كانت إجازتهم عطية مبتدأة ، فتطبق عليها أحكامها .

الرأي الرابع : وبه قال أبو حنيفة (٢٥) : البيع صحيح لكنه موقوف كله على إجازة الورثة ، فإن أجازوه نفذ البيع في الجميع ، وإلا بطل في الجميع .

وهذا الرأي مبني على أن حق الورثة متعلق بأعيان التركة ، فلا يصح بيعه للوارث مطلقا ، سواء بمحاباة أم لا .

الرأي الخامس : وبه قال الصاحبان (٢٦) - البيع صحيح وموقوف على إجازة الورثة، فإن أجازوه صار نافذا ، وإن لم يجيزوه كان المشتري مخيرا بين أمرين :

---

٢٢) جاء في شرح الشيخ زكريا الأنصارى على متن البهجة ج ٤ ص ١١: ". . فإن الزائد على ما يتسامح به غالبا يحسب من الثلث ، فإن كانت مع الوارث أو ضاق الثلث عنها توقفت على الاجازة .. فان أجيزت فقد العقد في الجميع ، والا بطل فيما لا يخرج من الثلث ، وكذا فيما يخرج منه مع الوارث ".

٢٣) جاء في شرح ميارة على تحفة ابن عاصم ج ٢ ص ١٨ : " اذا أجاز الورثة الوصية للوارث ، أو الزائد على الثلث في الوصية للأجنبي، فهل اجازتهم تقرير لما فعل الموصى فلا تفتقر لحوز، أو ذلك انشاء عطية من الوارث فتفتقر للحوز ، فإن مات الوارث قبل حوزها بطلت ؟ قولان".

٢٤) المغنى ج ٦ ص ٩٣ .

٢٥) جاء في جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٤٥ : " ولو كان هذا - البيع من المريض - مع الوارث لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله أصلا الا برضا ورثته ولو بمثل قيمته ، وعندهما - أى الصاحبين - يجوز ، ويخير بين فسخ واتمام لو فيه غبن أو محاباة.. وكذا وارث صحيح باع من مورثه المريض فهو على هذا الخلاف ، عند أبى حنيفة رحمه الله لم يجز ولو بقيمته ، وعندهما يجوز " .

٢٦) المصدر السابق : نفس العبارة ، مرآة المجلة ج ١ ص ١٩٠ .

الأول : أن يفسخ عقد البيع ، ويرد المبيع ، ويأخذ الثمن الذي دفعه .

الثانـي : أن يرفع الثمن إلى ثمن المثل ، فإذا فعل ذلك لم يكن للورثة الحق في فسخ البيع ، لعدم تأثر مالية التركة بذلك ، فما خرج منها دخل فيها مثله في القيمة .

الرأي الراجح :

١٣ - والرأي الراجح - فيما يظهر لنا - هو الرأي الرابع ، وهو رأي الإمام أبي حنيفة ، وذلك لما يأتي :

أولا : أن هذا الرأي يمنع من محاباة المريض لوارثه ، لأن المحاباة كما تكون بالتنازل عن جزء من قيمة الشئ تكون بإيثار أحد الورثة بعين من الأعيان كما سلف أن بينا ، ففي الأخذ بهذا الرأي منع للعداوة والشحناء بين أفراد الأسرة الواحدة .

ثانيا : أن الآراء الأخرى يمكن مناقشتها ، وقد سبق مناقشة الرأي الأول ، ويمكن مناقشة الآراء الباقية بأنها تعطي للوارث المحابي الحق في أخذ المبيع كله أو بعضه - على اختلاف بين هذه الأقوال - دون رضا بقية الورثة ، وذلك بأن يأخذ من المبيع مقدار ما يقابل الثمن الذي دفعه ، كما في الرأي الثاني والثالث ، أو بأن يدفع للورثة ما نقص عن ثمن المثل كما في الرأي الخامس ، وهذا لا يتفق مع الغاية التي من أجلها حرمت الوصية لوارث (٢٧) .

١٤ - وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية برأي الإمام أبي حنيفة في هذه المسألة، فنصت المادة ٣٩٣ منها على أنه :

" إذا باع شخص في مرض موته شيئا من ماله لأحد ورثته يصير ذلك موقوفا على إجازة سائر الورثة ، فإن أجازوا بعد موت المريض ينفذ البيع ، وإن لم يجيزوه لا ينفذ " (٢٨) .

---

٢٧) جاء في كشاف القناع ج ٤ ص ٣٦٢ : " ولو حابى المريض وارثه بطلت تصرفاته في قدرها - أى المحاباة - ان لم تجز الورثة ، لأن المحاباة كالوصية ، وهى لوارث باطلة، فكذلك المحاباة".

٢٨) انظر في مراجع هذه المادة في الفقه الحنفي : مرآة المجلة ج ١ ص ١٩٠-١٩١ .

المسألة الثانية : محاباة المريض لغير وارثه :

١٥ – انتهينا فيما سبق من بيان حكم محاباة المريض لوارثه ، ونأخذ الآن في بيان حكم محاباة المريض لغير وارثه ، أي لأجنبي ، فنقول: إذا كانت المحاباة من المريض لأجنبي فإنه يجب النظر في المقدار المحابى به : فإذا كان في حدود ثلث التركة نفذ دون حاجة إلى إذن الورثة (٢٩) ، أما إذا زاد على الثلث فيجب إجازة الورثة ، فإن أجازوا نفذ البيع ، لأن المنع للمحافظة على حقوقهم ، وإذا لم يجيزوا فقد اختلف الفقهاء في حكم البيع في هذه الحالة على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : وبه قال المالكية (٣٠) لا ينفذ البيع في قدر المحاباة الزائد على ثلث التركة ، وينفذ فيما عدا ذلك .

الرأي الثاني : – وبه قال الحنفية (٣١) والشافعية (٣٢) – : للمشتري أن يختار أحد أمرين :

الأول : أن يفسخ البيع ، فيرد الشئ المبيع ، ويأخذ الثمن الذي دفعه.

---

٢٩) من أمثلة المحاباة في حدود ثلث التركة : أن يبيع المريض لشخص حديقة لا يملك سواها بعشرين ألف جنيه ، وهي – في الواقع – تساوى ثلاثين ألفا ، فالمحاباة هنا بعشرة آلاف ، وهي ثلث التركة . ومن أمثلة المحاباة التي تجاوزت حدود الثلث : أن يبيع حديقة تساوى ثلاثين ألفا بعشرة آلاف فقط ، فالمحاباة هنا بعشرين ألفا ، وهو أكثر من ثلث التركة .

٣٠) جاء في المنقى للباجى ج ٦ ص ١٥٨ : " وان كان فيه محاباة خير الورثة بين الاجازة وبين أن يقطعوا له بثلث ما عليه .."

٣١) انظر جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٤٥ فقد جاء فيه : " مريض عليه دين يحيط بماله لو باع عينا من ماله من أجنبي بغبن يسير لم تجز المحاباة وفاقا ، أجازت الورثة أم لا ، فالمشترى يتم القيمة أو يفسخ البيع ، ولولا دين عليه جازت بقدر الثلث " . وانظر المادتين ٣٩٤ ، ٣٩٥ من مجلة الأحكام العدلية والمراجع التي اعتمدنا عليها في : مرآة المجلة ج ١ ص ١٩١-١٩٢ .

٣٢) جاء في الأم للشافعي بمثله جاز، وان باعه بمالا يتغابن الناس بمثله قيل للوارث: حكم الزيادة على ما يتغابن الناس بمثله حكم الوصية ، وأنت فلا وصية لك ، فإن شئت فاردد البيع إذا لم يسلم لك ما باعك ، وإن شئت فأعط الورثة من ثمن السلعة مازاد على ما يتغابن الناس بمثله.

الثاني : أن يدفع لورثة المريض ثمن المقدار المحابى به الزائد على الثلث.

الرأي الثالث : وبه قال الحنابلة (٣٣) - إذا أجاز الورثة البيع صار لازما وإذا لم يجيزوا فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع وإمضائه ، فإذا اختار الإمضاء نفذ البيع في بعض المبيع ببعض الثمن ، وذلك أن تسقط قيمة الثمن من قيمة المبيع ، ثم تنسب الثلث إلى الباقي ، فيكون الكسر الناتج عن هذه النسبة هو الذي يصح البيع بمقداره (٣٤)

١٦ - وقد رجح ابن قدامه (٣٥) الحنبلي الرأي الثالث ، واحتج له بأن فيه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميع الثمن ، وذلك نظير ما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في إحداهما لعيب أو غيره (٣٦) .

وقد ناقش ابن قدامه الرأي الأول : بأن المريض باع للأجنبي المبيع كله بالثمن المتفق عليه بينهما ، فلا يصح أن يأخذ بعضه بالثمن كله ، ونظير ذلك ما لو قال لشخص : بعتك هذه الدار بألف فيقول المشتري قبلت نصفها بالألف (٣٧) .

---

٣٣) المغني جـ ٦ ص ٩٢ - ٩٣ .

٣٤) فلو باع ما يساوي تسعين بثلاثين ولم يكن له شئ آخر يملكه ، فتسقط قيمة الثلث وهي ثلاثون - من قيمة المبيع - وهي تسعون فالباقي ستون ، ثم ينسب الثلث - وهو ثلاثون - إلى الباقي - وهو ستون - فيكون نصفها ، فهذا الكسر يصح البيع بمقداره ، فيصح في نصف المبيع بنصف الثمن .

٣٥) هو أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي ، الدمشقي من كبار فقهاء الحنابلة ، ولد سنة ٥٣٢ في إحدى قرى نابلس بفلسطين ، وتلقى العلم في دمشق ، ورحل إلى بغداد ، ثم عاد إلى دمشق ، توفى سنة ٦٢٠ هـ ، من مؤلفاته كتاب " المغني " ..

انظر : فوات الوفيات ١:٢٠٣، شفرات الذهب ٥ :: ٨٨، مقدمة كتاب المغني .

٣٦) المغني جـ ٦ ص ٩٣ .

٣٧) راجع : المغني جـ ٦ ص ٩٣.

كما ناقش الرأي الثاني : بأن فيه إجبار الورثة على المعاوضة على غير الوجه الذي عاوض مورثهم به (٣٨) .

موقف القانون من حكم بيع المريض :

١٧- أورد القانون المدني المصري حكم تصرفات المريض - سواء أكانت بيعا أم غيره في المادة ٩١٦ ، وهي تنص على أن : " كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

٢- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ هذا السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه " .

وجاء في الفقرة الثالثة من المادة ٤٧٧ مدني : " ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ ، وعلى هذا فإذا طعن الورثة بعد موت المريض في بيعه فيجب عليهم أولا أن يثبتوا أن البيع قد صدر من مورثهم وهو في مرض موته ، ولهم إثبات ذلك بكافة الطرق ، فإذا أثبتوا ذلك اعتبر البيع - قانونا - هبة من المريض للمشتري ، ولاعبرة بالثمن المذكور في العقد ، فتسري عليه أحكام الوصية ، إلا إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمنا لا يقل عن قيمته (٣٩) .

ولبيان حكم بيع المريض تفصيلا نفرق بين أربع حالات على النحو التالي :

الحالة الأولى : البيع بما لايقل عن القيمة :

١٨- إذا استطاع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمنا للبيع لا يقل عن قيمته كان البيع صحيحا نافذا دون حاجة إلى إجازة الورثة ، وسواء في ذلك أن يكون البيع لوارث أم لغير وارث ، وحكم القانون في حالة اليع لوارث

٣٨) المرجع السابق : نفس الموضع .

٣٩) الوسيط جـ ٤ المجلد الأول ص ٣٢٦ - ٣٢٨ .

يساير جمهور الفقهاء ويخالف رأي أبي حنيفه على نحو ما سبق بيانه(٤٠)،

أما في حالة البيع لغير وارث فالقانون يتفق مع جميع من ذهب من علماء الشريعة إلى تأثير مرض الموت في التصرفات .

الحالة الثانية :البيع بأقل من القيمة في حدود ثلث التركة:

١٩- وإذا أثبت المشتري أن الثمن الذي دفعه أقل من قيمة المبيع بما لا يجاوز الثلث فالبيع صحيح نافذ دون حاجة إلى إجازة الورثة ، سواء كان البيع لوارث أم لغير وارث . وقد كان البيع - بأقل من القيمة - بما لا يجاوز ثلث التركة في عهد التقنين المدني السابق يفرق فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ، ويكون الحكم فيه ما قدمناه ، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة ، وذلك أن أية محاباة في الثمن تعتبر تبرعا ، فتأخذ حكم الوصية، وكانت الوصية في عهد التقنين المدني السابق لا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة ، إلى أن صدر قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) فأجاز الوصية لوارث دون حاجة إلى إجازة الورثة (٤١)

الحالة الثالثة :البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة :

وإذا تمكن المشتري من إثبات دفعه ثمنا أقل من قيمة المبيع بمقدار أكثر من ثلث التركة فالبيع في هذه الحالة لا يكون نافذا في القدر الزائد على الثلث إلا بإجازة الورثة ، أي أن المقدار المحابى به يأخذ حكم الوصية ، ويستوي في ذلك أن يكون البيع لوارث أم لغير وارث (٤٢) .

---

٤٠) راجع ما سبق فقره رقم ٥ ومابعدها .

٤١) الوسيط جـ ٤ المجلد الأول ص ٣٣٠ ، وانظر في آراء الفقهاء وأدلتهم وموقف القانون من الوصية لوارث : كتابنا أحكام الوصية في الفقه الإسلامي والقانون ص ٩٤ - ١٠٠ .

٤٢) وعلى هذا فلو باع المريض سيارة قيمتها عند موته ٤٥٠٠ جنيه بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه ، فإن المقدار المحابى به يكون ٢٥٠٠ جنيه ، وهذا المبلغ أكثر من ثلث التركة، إذ أن ثلثها يقدر بـ ١٥٠٠ جنيه ، فيكون المقدار الزائد عن الثلث وهو ١٠٠٠ جنيه محتاجا إلى إجازة الورثة لنفاذ تصرف المريض فيه ، فإذا لم يجيزوا كان للمشتري فسخ البيع، فيرد السيارة ويأخذ =

وقد كان التقنين المدني السابق يفرق في البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة بين ما إذا كان البيع لغير وارث ، فيكون حكمه ما قدمنا ، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ في حق الورثة في جميع المبيع إلا بإجازتهم(٤٣) .

الحالة الرابعة : البيع بغير ثمن أصلا :

٢١ – إذا لم يستطع المشتري إثبات دفع أي ثمن للمريض فإن تصرف المريض يعتبر حينئذ هبة بلا مقابل ، فلها حكم الوصية لوقوعها في مرض الموت .

وعلى هذا فإذا كان المبيع لا تزيد قيمته علي ثلث التركة نفذ البيع دون حاجة إلى إجازة الورثة ، أما إذا زادت قيمته على ثلث التركة لم ينفذ التصرف في القدر الزائد على الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإن لم يجيزوا كان على المشتري أن يرد الزائد على الثلث إلى التركة، وسواء في هذا أن يكون البيع لوارث أم لغير وارث .

وفي ظل التقنين المدني السابق كان يفرق بين ما إذا كان البيع لغير وارث فحكمه ما سبق ، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ البيع في جزء من المبيع إلا بإجازة الورثة (٤٤) .

= الثمن الذي دفعه ، وهو ألفا جنيه ، وكان له أن يمضي البيع فيؤدي إليهم ألف جنيه ليضاف إلى الألفين اللذين دفعهما ثمنا للسيارة ، وهذا المبلغ (٢٠٠٠ + ١٠٠٠ = ٣٠٠٠) هو ثلثا التركة الذي يستحقه الورثة ، أما الثلث الآخر فقد منحه الشارع للمريض يتبرع به لزيادة حسناته . راجع الوسيط جـ ٤ . المجلد الأول ص ٣٣٢ بتصرف .

٤٣) الوسيط : جـ ٤ المجلد الأول ص ٣٣٣ .

٤٤) المصدر السابق : جـ ٤ المجلد الأول ص ٣٣٣ – ٣٣٤ .

المبحث الثاني
أثر المرض في عقد الإجارة

تمهيد :

٢٢- الإجارة في اللغة : اسم للأجرة ، وهي ما يعطى في مقابل العمل(٤٥). وقد اشتهرت بعد أن نقلها الفقهاء إلى دائرة البحث الفقهي في العقد نفسه ، باعتبار أنه سبب لوجوبها، ومن ثم جاء تعريفهم لها باعتبار أنها عقد لا بإعتبار أنها أجرة (٤٦)، ومن تعريفات الفقهاء لها باعتبار أنها عقد: " بيع منفعة معلومة بأجر معلوم " ، وقيل : هي " تمليك المنافع بعوض (٤٧) " .

والمريض عندما ما يؤجر نفسه أو ماله قد لا يحابي المستأجر ، وفي هذه الحالة تكون إجارته إجارة صحيحة نافذة، فأنه لا ضرر يلحق الورثة والدائنين من ذلك ، وقد يحابي من تعامل معه ، وعندئذ يجب التفرقة بين ما إذا كان يؤجر نفسه أو ماله ، وسنعرض ذلك في مطلبين .

المطلب الأول
تأجير المريض ماله بمحاباة

٢٣- اختلف الفقهاء فيما لو أجر المريض ماله وحابى من تعاقد معه - كما هو

---

٤٥) جاء في لسان العرب لابن منظور (مادة : أجر) :

" الأجر : الجزاء على العمل ، والجمع أجور ، والإجارة من أجر يأجر وهو ما أعطيت من أجر في عمل ، والأجر : الثواب ... "

٤٦) حاشية الباجوري جـ ٢ ص ٢٧ ، مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٧١ .

٤٧) شرح العيني على الكنز جـ ٢ ص ١٤٨ وانظر مزيدا من تعريفات فقهاء المذاهب الأخرى في رسالتنا : " نظام استغلال الأراضي الزراعية بين الشريعة والقانون جـ ١ ص ١٦٦ (ط : دار الثقافة العربية بالقاهرة ١٩٨٧)

الحال فيما لو أجر سيارته بمائة جنيه في الشهر بينما أجرة المثل لهذه السيارة تقدر بثلاثمائة جنيه مثلا – على مذهبين :

المذهب الأول – وبه قال المالكية(٤٨) والشافعية(٤٩) والحنابلة(٥٠) – أن هذه المحاباة تنفذ في حدود الثلث إذا كانت المحاباة لأجنبي ، ولا ينفذ شئ منها إلا بإجازة الورثة إذا كانت لوارث .

المذهب الثاني – وبه قال الحنفية (٥١) – أنه لا أثر للمرض في هذه المحاباة، فتنفذ دون حاجة إلى إجازة الورثة مهما بلغت .

٢٤- وقد استند الحنفية فيما ذهبوا إليه إلى دليلين :

١- القياس على الإعارة ، فالمريض له أن يعير دون تقيد بحدود الثلث ، فكذلك له أن يؤجر بمحاباة دون تقيد بالثلث ، والجهة الجامعة بين الإجارة والإعارة أنهما عقدان واردان على المنفعة (٥٢) .

٢- أن الإجارة تنتهي بموت أحد العاقدين ، وعلى هذا فلا ضرر على الورثة والدائنين من الإجارة بمحاباة، لأن ملكية منافع الشئ المستأجر تكون للمريض قبل موته ، ثم تنتهي الإجارة بالموت وتعود المنفعة لورثته ، غير

---

٤٨) انظر عبارة الخرشي التي سبقت

٤٩) جاء في شرح البهجة جـ ٤ ص ١٢ :

" بأن أجر نفسه في مرضه بدون أجرة المثل يحسب النقص من الثلث ، لأنه امتناع من التحصيل لاتفويت للحاصل ، ولا مطمع للورثة في عمله ، بخلاف المحاباة في أجر أمواله " .

٥٠) انظر كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٦٣ فقد جاء فيه :

" وان أجر نفسه وحابى المستأجر – وارثا كان أو غيره – صح مجانا، بخلافل عبيده وبهائمه ".

٥١) جاء في جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٤٦ : " مريض أجر بيته بدون أجر مثله لا يعتبر من الثلث، إذ لو أعاره جاز "

٥٢) انظر العبارة المنقولة في الهامش السابق .

محملة بأي حق لشخص آخر، ومن هنا فلا ضرر يلحق بالورثة أو الدائنين (٥٣).

٢٥- ويمكن أن يناقش دليل الحنفية الأول بأن الإعارة تحتسب أجرتها وتخرج من الثلث ، وقد نص على هذا الشافعية (٥٤) .

كما يمكن مناقشة دليلهم الثاني : بأن جمهور (٥٥) الفقهاء لا يقولون بفسخ الإجارة بموت أحد العاقدين ، وإنما يقوم وارث كل منهما مقام مورثه حتى تنتهي مدة العقد .

٢٦ - هذا ويجب أن نعترف بأن ترجيح أحد الرأيين في هذه المسألة على الآخر غير ممكن إلا بعد معرفة أي الرأيين أرجح في مسألة فسخ الإجارة بموت أحد العاقدين ، ولما كان المقام هنا لا يحتمل عرض أدلة الرأيين في هذه المسألة والموازنة بينها (٥٦) ، فإنا نكتفي بالإشارة إلى

---

٥٣) انظر في فسخ الإجارة بموت أحد العاقدين عند الحنفية : المبسوط جـ ١٥ ص ١٥٣-١٥٤ ، البدائع جـ ٤ ص ٢٢٣ ، الزيلعي جـ ٥ ص ١٤٤، إتحاف الأبصار والبصائر ص ٤٠٥ ، أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ٤٧٨ .

وعند الظاهرية : المحلي جـ ٨ ص ٢١٤ ، وعند بعض الزيدية : البحر الزخار جـ ٤ ٦٠ .

٥٤) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٥٥ .

٥٥) انظر للمالكية : القوانين الفقهية ص ٣٠٤ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٠ ، والذخيرة جـ ٤ ورقة ١٤١ .

وللشافعية : الحاوي جـ ٩ ورقة ٢٦٨ ، كفاية الأخبار جـ ١ ص ١٦٨ ، الميزان للشعراني جـ ٢ ص ٨٠ ، رحمة الأمة ص ١٨٠ .

وللحنابلة : المغني جـ ٥ ص ٤٢٨، الروض المرجع جـ ٢ ص ١٠٧ ، غاية المنتهى جـ ٢ ص-٢١.

وللإمامية : المختصر النافع ص ١٥٢ ، مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٧٦ ، وسيلة النجاه جـ ٢ ص٥١ .

٥٦) راجع آراء الفقهاء وأدلتهم والموازنة بينها تفصيلا في رسالتنا : نظام استغلال الأراضي الزراعية بين الشريعة والقانون جـ ١ ص ٣٤٩ - ٣٥٤ .

أنه ينبغي تطبيق الرأي الذي يتفق مع مصلحة العاقدين ، فإذا كانت المصلحة تقتضي بقاء العقد ، لأن الورثة في حاجة إلى بقائه ، وكان عندهم استعداد للقيام مقام مورثهم - وجب الحكم ببقائه كما يقول الجمهور ، وذلك حرصا على مصلحتهم ، ودفعا للضرر عنهم ، وإذا كانت المصلحة تقتضي عدم بقاء العقد كما هو الحال لو ترك المستأجر ورثة صغارا أو عجزة لا يستطيعون القيام بإتمام العمل فيجب الحكم بفسخ العقد ، أخذا بمذهب الحنفية (٥٧)

وعلى هذا ففي حالة تطبيق رأي الجمهور تحتسب المحاباة في الأجرة من الثلث وفي حالة تطبيق رأي الحنفية تحتسب المحاباة من رأس المال .

المطلب الثاني
تأجير المريض نفسه بمحاباة

٢٧- إذا أجر المريض نفسه بأقل من أجرة المثل - كما هو الحال لو أجر نفسه في الشهر بمائة جنيه وكانت أجرة المثل تقدر بمائتي جنيه - فهل يتعلق حق الورثة بالقدر الذي حابى به المريض المستأجر أولا ؟

يرى الشافعية (٥٨) والحنابلة (٥٩) أن حق الورثة يتعلق بالأموال الحاصلة فعلا في تركته ، ولا يتعلق بما سيحصل عليه المريض من عمله، ثم إن الورثة لا مطمع لهم في عمل المريض ، ولا يتعلق حقهم ببدنه .

---

٥٧) المرجع السابق جـ ١ ص ٣٥٤ .

٥٨) راجع هامش ٢ فقرة ٢٣ .

٥٩) راجع هامش ٣ فقرة ٢٣ .

المبحث الثالث
أثر المرض في عقد المضاربة

تمهيـــد :

٢٨ - المضاربة - وتسمى القراض والمعاملة - نوع من أنواع الشركة في الشريعة الإسلامية ، وهي شركة في الربح لا في رأس المال وسميت بذلك لأن كلا من صاحب المال والعامل يضرب فيها بسهم في الربح(٦٠).

ويعرف فقهاء الشريعة المضاربة بأنها . عقد على نقد ليتصرف فيه العامل بالتجارة، ليكون الربح بينهما على حسب ما يشترطانه(٦١).

ومعنى هذا أن المضاربة عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الجانبين ، والعمل من الجانب الآخر، والعمل يكون بالتجارة ، والربح بينهما على حسب الشرط .

مضاربة المريض بأكثر من أجرة المثل :

٢٩ - وإذا قدم المريض مالا للعامل ليتاجر فيه ، وشرط للعامل جزءا من الربح أكثر من أجرة مثله ، فهل للورثة بعد وفاة المريض حق الاعتراض على هذا التصرف أولا ؟

---

٦٠) تهذيب الأسماء واللغات - القسم الثاني - جـ ١ ص ١٨٢ (مادة : ضرب) والشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - القسم الثاني - ص ٥٠ .

٦١) حاشية الرملي على أسنى المطالب جـ ٢ ص ٣٨٠ .

نقول : لا يرى فقهاء الحنفية (٦٢) والشافعية (٦٣) والحنابلة (٦٤) حقا للورثة في الاعتراض على هذا التصرف ، لأن الزيادة عن أجر المثل التي يأخذها العامل في المضاربة ليست من مال المريض ، وإنما هي من الربح الحادث بسبب التجارة ، والربح يحدث منذ البداية على ملك العامل، ولا يحدث على ملك المالك ثم يتحول بعد ذلك إلى العامل (٦٥) .

٣٠ – ويخالف هذا محاباة المريض للأجير في الأجرة ، فإن المقدار المحابى به

---

٦٢) جاء في جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٤٧ :

" مريض دفع ألفا إليه على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهما نصفان ، فربح ألفا ، فمات ، وأجر مثل المضاربة أقل من حصته من الربح ، وعلى المالك دين محيط – فللمضارب نصف الربح ، يبدأ به قبل دينه إذا دفع يوم وقع للمضارب ، ولم يملكه رب المال . "

٦٣) انظر شرح البهجة جـ ٤ ص ١٢ فقد جاء فيه :

" بأن شرط في مرضه لعامل القراض أكثر من أجرة مثله فلا يحسب من الثلث ، إذ لا تفويت ، بخلاف مثله في المساقاة حيث يحسب منه ، فإن الثمرة كالحاصلة ، لحصولها بنفسها في وقت معلوم ، بخلاف الربح "

٦٤) في كشاف القناع جـ ٣ ص ٥١٢ :

" .. (وان قارض) المريض (في المرض) المخوف ومات فيه (فالربح من رأس المال ، وان زاد على تسمية المثل) أي ما يسمى لمثله من رأس المال ، وان زاد على تسمية المثل) أي ما يسمى لمثله (ولا يحتسب من ثلثه ، ويقدم به على سائر الغرماء) لأن ذلك لا يأخذه من ماله ، وإنما يستحقه بعمله من الربح الحادث ، ويحدث على ملك المضارب دون المالك ، بخلاف مالو حابى الأخير في الأجر ، فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه ، لأن الأجر يؤخذ من ماله " .

٦٥) المصدر السابق : نفس العبارة ، وانظر فتح العزيز جـ ١٢ ص ٢٦ – ٢٧ فقد جاء فيه : " لو قارض في مرض موته صح ، وإذا ربح العامل سلم له الجزء المشروط ، وإن زاد على أجرة مثل عمله ، ولا يحسب من الثلث ، لأن المحسوب من الثلث ما يفوته من ماله ، والربح ليس بحاصل حتى يفوته ، وإنما هو شئ يتوقع حصوله ، فإذا حصل حصل بتصرفات العامل وكسبه " .

يعتبر من الثلث ، وذلك لأن الأجرة التي يحصل عليها الأجير يأخذها من عين مال المؤجر (٦٦)

هذا ولا يخفى أن عامل المضاربة الذي شرطت له حصة من الربح أكثر من أجرة مثله يقدم على الدائنين في أخذ حصته من الربح ، لأن حق الدائنين يتعلق بمال المريض دون مال العامل (٦٧) .

---

٦٦) المصدر السابق : نفس العبارة .

٦٧) انظر ما سبق نقله عن جامع الفصولين وكشاف القناع .

المبحث الرابع
أثر المرض في عقد المساقاة

تمهيـــد :

٣١- المساقاة في اللغة : مفاعلة من السقي، وهو إشراب الماء وما أشبهه(٦٨) وشرعا : معاقدة على دفع الأشجار إلى من يعمل فيها ، على أن تكون الثمرة بينهما(٦٩) .. وسمي هذا النوع من التعامل مساقاة لأن السقي كان أعظم ما تتطلبه هذه الأشجار في بلاد الحجاز، حيث تقل المياه ، ويكون جل الاعتماد على الري من الآبار (٧٠) .

مساقاة المريض :

٣٢- وإذا كان المريض يملك بستانا فقدمه للعامل ليعمل فيه بجزء من ثمرته ، فإما أن يكون هذا الجزء في حدود أجرة المثل أو يزيد عليها ، فإن كان في حدود أجرة المثل كانت المساقاة صحيحة نافذة دون حاجة إلى إجازة من أحد ، لأن هذا التصرف لا يضر بالورثة أو الدائنين . أما إذا زاد الجزء المشترط للعامل في المساقاة عن أجرة المثل - كما هو الحال لو كان قد شرط له الثلثان وأجرة المثل النصف - فقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

الرأي الأول : الزيادة على أجر المثل تكون محاباة ، فتحسب من الثلث إذا كان العامل غير وارث، وبهذا قال الحنفية (٧١) والمالكية (٧٢)

---

٦٨) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (مادة : سقى) .

٦٩) شرح العيني على الكنز جـ ٢ ص ١٩٨ وانظر تعريفات أخرى لها مع بيان لأهم الفروق بينها في رسالتنا : نظام إستغلال الأراضي الزراعية جـ ٢ ص ٢١٦ - ٢١٩

٧٠) كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٢٣ .

٧١) المبسوط جـ ٢٣ ص ١٣٤ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٤٧ .

٧٢) المدونة جـ ٥ ص ١٧ .

والحنابلة (٧٣) وهو الرأي الأرجح عند الشافعية (٧٤)

الرأي الثاني : وبه قال بعض الشافعية (٧٥) أن الزيادة على أجر المثل تكون نافذة من رأس المال دون التقيد بالثلث .

٣٣- وقد احتج أصحاب الرأي الأول : بأن الثمرة التي سيحصل عليها العامل في المساقاة هي جزء من عين مال المريض (٧٦) ، فالمحاباة بها من قبل المريض تعتبر تبرعا ، والتبرع لا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة إذا كان من تعامل معه المريض غير وارث .

٢٤- واستند أصحاب الرأي الثاني إلى أن الثمرة لم تكن موجودة بالفعل عند إنشاء عقد المساقاة، ووجودها يعزي إلى عمل العامل، ورعايته للبستان(٧٧) وعلى هذا فليست الثمرة جزءا من عين مال المريض ، حتى تخضع لقاعدة التبرع .

٣٥- ويبدو لنا أن الرأي الأول هو الراجح ، لأن هناك فرقا بينا بين الثمرة الحاصلة في المساقاة والربح الحاصل في المضاربة ، فالثمرة في المساقاة جزء من عين مال المريض – وهو الشجر – وليس كذلك الربح في المضاربة فإنه ليس جزءا من عين مال المريض وإنما يحصل نتيجة تداول هذا المال بالبيع والشراء .

---

٧٣) في كشاف القناع جـ ٣ ص ٥١٢ : " .. (وان سقى) المريض (أو زارع في مرض موته) المخوف (حسب) الزائد (من الثلث) لأنه من عين المال . بخلاف الربح في المضاربة .. "

٧٤) جاء في فتح العزيز جـ ١٢ ص ٢٧ : ولو ساقى في مرض الموت ، وزاد الحاصل على أجرة المثل فوجهان : أحدهما أنه يحسب من الثلث أيضا ، لأنه لم يكن حينئذ ثمرة ، وحصولها منسوب إلى عمل العامل وتعهده ، وأشبههما : احتساب الزيادة من الثلث ، لأن للثمار وقتا معلوما ينتظر ، وهي قد تحصل من عين النخيل من غير عمل فكانت كالشئ الحاصل ، بخلاف الأرباح " وانظر مع ذلك شرح البهجة جـ ٤ ص ١٢ .

٧٥) المصدر السابق : العبارة نفسها.

٧٦) انظر عبارة كشاف القناع السابقة .

٧٧) انظر عبارة فتح العزيز السابقة .

٣٦- هذا كله إذا كان المريض هو صاحب المال أو الشجر، أما إذا كان المريض هو العامل في المضاربة أو المساقاة - كما هو الحال لو دفع شخص صحيح إلى شخص مريض مالا على سبيل المضاربة أو شجرا على سبيل المساقاة وكان قد شرط للعامل المريض أجرة أقل من أجرة المثل - فإن فقهاء الحنفية (٧٨) قد نصوا على أن المريض له أكثر مما شرط له ، سواء كانت محاباته في حدود الثلث أم لا ، وذلك لأن المريض هنا لم يتصرف في ماله حتى يقال إنه أضر بالورثة والدائنين ولكنه تصرف في منافع بدنه، وهذه لا سلطان للورثة أو الدائنين عليها.

٣٧- وما ذهب إليه الحنفية هنا ، قد ذهب إلى قريب منه الشافعية (٧٩) والحنابلة (٨٠)،عندما اعتبروا تأجير المريض نفسه بأقل من أجرة المثل ، من باب تبرعه بمنافع بدنه ، وهي لا تخضع للحجر .

---

٧٨) جاء في جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٤٧ : " ولو دفع الصحيح ألفا مضاربة إلى مريض على أن للمضارب عشر الربح ، فربح ألفا ، وأجرة مثله خمسمائة ، فمات بمرضه ذلك ، وعليه دين محيط ، فله عشر الربح فقط ، ولو أقل من أجر مثل عمله ، إذ تبرع بمنفعة نفسه ، ولا حجر فيه " وجاء في المبسوط جـ ٢٣ ص ١٣٢ : " ولو دفع الصحيح إلى المريض نخلا له معاملة ... وأجر مثل ذلك العمل أكثر من حصته فليس له إلا ما شرط له ، لأن المريض إنما تصرف هنا فيما لاحق له فيه لغرمائه ولورثته ، وهو منافع بدنه " .

٧٩) راجع هامش الفقرة ٢٣ .

٨٠) راجع هامش الفقرة ٢٣

المبحث الخامس
أثر المرض في عقد المزارعة

تعريف المزارعة :

٣٨- المزارعة في اللغة : مفاعلة من الزرع ، وله معنيان :

الأول حقيقي وهو : الإنبات ، يقال : زرعه الله ، أي أنبته .

والثاني مجازي وهو : طرح البذر وإلقاؤه على الأرض (٨١)

أما من الناحية الشرعية فقد اختلف الفقهاء في تعريفها ، فعرفها الحنفية (٨٢) بأنها : " عقد على الزرع ببعض الخارج ".

وعرفها المالكية(٨٣) بأنها : "الشركة في الزرع " ، وعرفها الشافعية (٨٤) بأنها

---

٨١) تهذيب الأسماء واللغات – القسم الثاني – مادة زرع ، الكليات لأبي البقاء ص ٢٠١ .

ولما كان المعنى الحقيقي للزرع هو الإنبات ، وكان الانبات لا يتأتي حقيقة إلا من الخالق عز وجل فقد نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن أن ينسب الإنسان الزرع – بمعنى الإنبات – إلى نفسه ، يقول صلى الله عليه وسلم : " لا يقولن أحدكم زرعت ولكن ليقل حرثت" قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤: ٣٠) عن هذا الحديث : " رواه الطبراني في الأوسط والبزار ، وفيه مسلم بن أبي مسلم الجرمي لم أجد من ترجمه، وبقية رجاله ثقات " .

أما اذا قال الإنسان زرعت ، وأراد منه المعنى المجازي ، أي ألقيت البذر فإنه جائز ، لأنه فاعل لسبب الإنبات ، وهو إلقاء البذر ، ويدل لهذا ما رواه الشيخان : " لا يغرس المسلم غرسا ولا يزرع زرعا، فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة "..راجع فتح الباري جـ ٥ ص ٤٠٠ ، شرح النووي على صحيح مسلم جـ ١٠ ص ٢١٣ ، رسالتنا : نظام استغلال الأراضي الزراعية جـ ٢ ٣٨٠ – ٣٨١ .

٨٢) البائع جـ ٦ ص ١٧٥ .

٨٣) منح الجليل للشيخ عليش جـ ٣ ص ٣٣٨ .

٨٤) نهاية المطلب جـ ٧ الورقة ٤٦ ، فتح العزيز شرح الوجيز جـ ١٢ ص ١١٠ .

: " المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها ، والبذر من المالك ". وعرفها الحنابلة(٨٥) بأنها : "دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما".

والمتأمل في هذه التعاريف يجد أنها – فيما عدا تعريف المالكية – تجمع على تصوير المزارعة بأنها : " العقد على الزرع ببعض الخارج من الأرض ". أما المالكية فقد عرفوها بتعريف يتفق والنظام الخاص الذي قالوا بمشروعيته(٨٦)، فهم يعتبرون المزارعة شركة ابتداء وانتهاء ، ولهذا أعطيت عندهم أحكام الشركة ، وهذه النظرة تخالف نظرة الجمهور إلى المزارعة، فهي عندهم إجارة ابتداء ، وشركة في المحصول انتهاء (٨٧) .

مشروعيتهــــا :

٣٩– هذا وقد اختلف فقهاء الشريعة في جواز المزارعة على ثلاثة مذاهب :

المذهــب الأول : أنها جائزة مطلقا ، سواء كان البذر من المالك أم من العامل .. وهذا رأي كثير من الصحابة والتابعين وسائر فقهاء المحدثين ، وبعض أتباع المذاهب الأربعة وغيرهم (٨٨) .

المذهب الثاني : أن المزارعة لا تجوز مطلقا ، سواء كان البذر من المالك أم من العامل .. وقد روي هذا عن بعض الصحابة وبعض التابعين ، وعن أبي حنيفه ، ومالك ، والشافعي وغيرهم (٨٩) .

المذهب الثالث : أن المزارعة تجوز إذا كان البذر من المالك ، ولا تجوز إذا كان

---

٨٥) المغني ج– ٥ ص ٣٨٢ .

٨٦) راجع في النظام الخاص بالمزارعة المشروعة عند المالكية : رسالتنا : نظام استغلال الأراضي الزراعية جـ ٢ ص ١٩٩ – ٢١٢

٨٧) البدائع جـ ٦ ص ١٧٧ – ١٧٨ ، الزيلعي جـ ٥ ص ٢٨٠ .

٨٨) راجع في تحديد القائلين بهذا الرأي ، والمراجع التي وردت فيها آراؤهم رسالتنا ، نظام إستغلال الأراضي الزراعية جـ ٢ ص ٢٠ – ٦٣ .

٨٩) المرجع السابق جـ ٢ ص ٣٩٥ – ٣٩٦ .

البذر من العامل .. وبهذا قال ابن عباس في رواية ، وأحمد بن حنبل في أظهر روايته(٩٠).

ولا يتسع المقام هنا لذكر أدلة كل مذهب من هذه المذاهب ، لكن يكفي أن نشير إلى أن أقواها دليلا هو الأول ، وقد أثبتنا ذلك في مؤلف آخر(٩١).

مزارعة المريض :

٤٠- وإذا قدم المريض أرضه إلى العامل فلا بد من التفرقة بين ما إذا كان البذر منه أو من العامل ، وهذه التفرقة لها أهميتها ، فلو كان البذر من المريض فإنه يكون قد تصرف في جزء من أعيان ماله ، ولو كان البذر من العامل فإن المريض لا يكون قد تصرف في شئ من أعيان ماله ، إذ أن أرضه التي قدمها للعامل مزارعة تعود إليه بعد استغلالها دون أن ينقص من عينها شئ.

وعلى هذا الأساس سنتحدث عن هاتين الحالتين مخصصين لكل حالة مطلبا مستقلا .

المطلب الأول
البذر من المريض (المالك)

٤١- إذا قدم المريض أرضه مزارعة لشخص ، واشترط أن يكون البذر عليه لا على العامل ، وكان قد حابى العامل في الحصة المشروطة له - كما هو الحال لو شرط للعامل ثلاثة أرباع المحصول مع أن أجرة مثله ربع

---

٩٠) المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٩٧ ، المغني لإبن قدامه جـ ٥ ص ٣٨٨ .

٩١) راجع في أدلة هذه المذاهب ، والموازنة بينها ، واستخلاص الراجح منها : رسالتنا : نظام استغلال الأراضي الزراعية جـ ٢ ص -٢-٧٠

المحصول فقط – فقد ذهب الحنفية(٩٢) والحنابلة (٩٣) إلى أن المقدار الزائد عن أجرة المثل يحسب من ثلث التركة المريض إذا كان العامل أجنبيا ، وذلك لأن هذه الزيادة تعتبر تبرعا من جانب المريض بجزء من عين ماله حيث أنها . متولدة ومستخرجة من أرضه ، ومعنى هذا أن الحكم في هذه الحالة لا يختلف عن الحكم في المساقاة عند هؤلاء الفقهاء .

ولا يبعد رأي من أجاز من الشافعية(٩٤) المزارعة عن هذا الرأي ، فقد أعلنوا رأيهم في ذلك صراحة في باب المساقاة، ولا فرق بين المزارعة والمساقاة من حيث أن كلا منهما إجارة للعامل بجزء من المحصول .

أما المالكية فقد لاحظنا من تعريفهم للمزارعة أنهم يغلبون عليها طابع الشركة ، ويضعون لصحتها شروطا (٩٥) تجعل هذا العقد بعيدا عن مظنة وقوع المحاباة فيه .

المطلب الثاني
البذر من العامل

٤٢- وإذا قدم المريض أرضه للعامل ، على أن يزرعها ببذر من عند العامل ، وشرط للعامل أكثر من أجرة مثله – كما هو الحال لو شرط له أربعة أخماس المحصول ، ولصاحب الأرض الخمس وكانت أجرة مثل العامل أقل من ذلك – ففي هذه الحالة يعتبر هذا التصرف نافذا ، دون حاجة إلى إجازة الورثة، وذلك لأن مالك الأرض (المريض) لو أعارها لجاز له

---

٩٢) جاء في جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٤٧ : " ولو دفع أرضه وبذره مزارعة بالنصف إلى آخر ، وأجر مثل عمله أقل من ذلك ، وعليه دين ، لا يسلم له ما شرط ، والفرق أن المالك في الزيادة على أجر مثله متبرع بعين ماله إذ الخارج متولد من عين ماله ..

٩٣) كشاف القناع جـ ٣ ص ٥١٢ : (أو زارع في مرض موته) المخوف (حسب) الزائد (من الثلث) لأنه من عين المال ، بخلاف الربح في المضاربة " .

٩٤) راجع : هامش ٤ فقرة ٢٣

٩٥) للمزارعة الصحيحة عند المالكية شروط أربعة :

ذلك ، ولما صح لأحد الاعتراض عليه ، إذ من حقه التبرع بالمنفعة ، وهذا كله إذا وقعت الخصومة بعد إدراك الزرع .

أما إذا مات المريض قبل إدراك الزرع فينبغي أن يخير المزارع بين أن يستأجر بحصته ، وبين أن يقلع الزرع ، قياسا على ما لو انتهت المدة المقررة في عقد الإيجار ، ومات رب الأرض فإن المزارع مخير بين هذين الأمرين(٩٦) .

= الأول : سلامة كراء الأرض بممنوع .

الثاني : تقسيم الخارج من الزراعة بين العاقدين بنسبة رأس مال كل منهما .

الثالث: خلط الزريعة – أي – البذر .

الرابع : اتحاد البذر في الجنس والنوع .

انظر في تفصيل هذه الشروط ، أسهل المدارك للكشناوي جـ ٢ ص ٣٥٩ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٠٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٧٣ ، فتاوي الشيخ عليش جـ ٢ ص ١٨٨ سعد الشموس والأقمار ص ١٣٩ ، رسالتنا : نظام استغلال الأراضي الزراعية جـ ٢ ص ١٩٩ – ٢١٢ .

٩٦) جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٤٧ .

الفصل الثاني
أثر المرض في عقد الزواج

٤٣- الزواج في اللغة : مقارنة شئ لشئ(٩٧).

وفي اصطلاح الفقهاء:عقد يتضمن إباحة الوطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته(٩٨).

وعقد الزواج قد يكون أحد طرفيه (الزوج أو الزوجة) مريضا ، وقد يكون بمهر المثل أو بأقل أو بأكثر منه ، وينبغي لبيان أثر مرض الموت في هذا العقد أن نتناول الفروض الثلاثة التالي :

١- زواج المريض بمهر المثل أو أقل منه .

٢- زواج المريض بأكثر من مهر المثل .

٣- زواج المريضة بأقل من مهر مثلها .

وسنخصص لكل فرض من الفروض الثلاثة مبحثا مستقلا .

المبحث الأول
زواج المريض بمهر المثل أو بأقل منه

٤٤- اختلف فقهاء الشريعة في حكم زواج المريض بمهر المثل أو أقل منه على رأيين:

---

٩٧) معجم مقاييس اللغة ، المفردات في غريب القرآن (مادة : زوج).

٩٨) مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٢٣ .

الرأي الأول – وبه قال الحنفية (٩٩) والشافعية (١٠٠) والحنابلة (١٠١) وغيرهم (١٠٢) – : أنه جائز وصحيح سواء أكان المريض محتاجا للزواج أم لا .

الرأي الثاني : وبه قال المالكية – أنه لا يجوز للمريض أن يتزوج سواء كان محتاجا إلى النكاح أم لا على المشهور (١٠٣) .

وإذا خالف المريض فتزوج بالفعل في مرضه فيجب التعجيل بفسخ عقد زواجه عند العثور والاطلاع عليه ، سواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده ، إلا إذا شفي المريض فلا يفسخ ، لأن المنع كان لخوف موته ، وقد بان عدمه (١٠٤) .

---

٩٩) جاء في شرح الهداية : " .. ولهذا منع – أي المريض – من التبرع والمحاباة ، إلا بقدر الثلث ، بخلاف النكاح ، لأنه من الحوائج الأصلية ، وهو بمهر المثل " .. انظر : تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ٣–٤ .

١٠٠) انظر الأم جـ ٤ ص ١٠٣ فقد جاء فيها : " ويجوز للمريض أن ينكح جميع ما أحل الله : أربعا وما دونهن ، كما يجوز له أن يشتري ، فإذا أصدق كل واحدة منهن صداق مثلها جاز لها من جميع المال .." .

١٠١) المغني جـ ٦ ص ٣٢٦ .

١٠٢) مثل شريح القاضي .. انظر الأم جـ ٤ ص١٠٣ – ١٠٤ .

١٠٣) حتى لو أذن له الوارث بالزواج ، جاء في شرح الخرشي جـ ٣ : ٧٢ : " لا يجوز له – أي المريض – أن يتزوج ، وإن أذن له الوارث الرشيد في ذلك ، لاحتمال موت الآذن ، أي صيرورته غير وارث ، وسواء احتاج المريض إلى النكاح أم لا ، وهو المشهور عند اللخمي ، للنهي عن إدخال وارث ، وإنما لم يمنع من وطء زوجته لأن في النكاح إدخال وارث محقق، وليس عن كل وطء حمل .

والقول الآخر يقول : منع النكاح المذكور – وان أذن الوارث – مقيد بعدم الاحتياج إلى النكاح أو إلى من يقوم به ، ويخدمه في مرضه ، وعليه : ان احتاج إلى ذلك جاز له النكاح وإن منعه الوارث منه ، قال في الجواهر : وهو المشهور .. ويلحق بالمريض في ذلك كل محجور من حاضر صف القتال ، ومقرب لقطع ، ومحبوس لقتل .. وانظر : الشرح الصغير بحاشية الصاوي جـ ٢ ص ٤٢٦ ومابعدها.

١٠٤) شرح الخرشي جـ ٣ ص ٧٢ – ٧٣ .

وإذا تزوج في مرضه ولم يفسخ النكاح لعدم الاطلاع عليه ثم مات المريض فيجب لمن تزوج بها الأقل من المهر المسمى ومن صداق المثل سواء دخل بها أم لا (١٠٥) .

٤٥- هذا وقد استدل أصحاب كل رأي من هذين الرأيين بأدلة لا تخلو من المناقش ، وسنعرض هذه الأدلة ، ونقوم بمناقشتها ، لننتهي من ذلك إلى الرأي الراجح في نظرنا

أدلة أصحاب الرأي الأول ومناقشتها :

٤٦- استدل أصحاب الرأي الأول على أنه يجوز للمريض الزواج بمهر المثل أو بأقل منه أثناء مرض موته ببعض الآثار والمعقول .

٤٧- استدلوا من الآثار - أولا بما روي أن معاذ بن جبل (١٠٦) قال في مرضه الذي مات فيه : زوجوني ، لا ألقى الله تعالى وأنا عزب (١٠٧) .

واستدلوا ثانيا - :بما روي أن عبد الرحمن بن أم الحكم (١٠٨) أراد في

---

١٠٥) شرح الخرشي وحاشية العدوي عليه جـ ٣ ص ٧٢ ، وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢١ : " ولا يجوز نكاح المريض والمريضة المخوف عليهما على المشهور ، خلافا لهما - أي لابي حنيفة والشافعي - ويفسخ إلا إن صح قبل الفسخ فاختلف في فسخه ، والفسخ فيه بالثلاث ، فإن لم يدخل فليس لها صداق ، وإن دخل فلها الصداق المسمى ، وقيل صداق المثل".

١٠٦) هو معاذ بن جبل الأنصاري ، صحابي جليل ، أسلم في الثامنة عشرة من عمره ، وشهد مع الرسول صلى الله عليه وسلم جميع المشاهد ، ولاه الرسول الكريم قضاء اليمن ، وكان ممن جمعوا القرآن ، توفى سنة ٣٣ هـ . تهذيب الأسماء واللغات - القسم الأول جـ ٢ ص ٩٨ - ١٠٠ ، الإصابة ٣ : ٤٠٦ - ٤٠٧ .

١٠٧) الأم للشافعي جـ ٣ ص ١٠٣ .

والعزب : من لا زوج له ، رجلا كان أو امرأة ، ويقال : امرأة عزبة ، والجمع أعزاب .. انظر : المعجم الوسيط (مادة : عزب) .

١٠٨) هو عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي عقيل الثقفي ، يقال له ابن أم الحكم نسبة لزمه ، وهي بنت أبي سفيان ، ولاه خاله معاوية الكوفة سنة ٥٧ هـ ثم ولاه الجزيرة ، وكان قد غزا الروم سنة ٥٣هـ .. ولم تثبت له صحبة ، ومن قال ذلك فهو متوهم .. راجع : الإصابة جـ ٣ ص٧١-٧٢ .

شكواه أن يخرج امرأته من ميراثها منه ، فأبت ، فنكح عليها ثلاث نسوة وأصدقهن ألف دينار كل امرأة منهن ، فأجاز ذلك عبد الملك بن مروان ، وشرك بينهن في الثمن (١٠٩) .

فقد دل هذان الأثران على جواز زواج المريض ، إذ الظاهر أن ما فعله معاذ بن جبل وعبد الرحمن بن أم الحكم إنما كان بحضور صحابة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ولم ينكر عليهما منكر .

٤٨- ويمكن أن يناقش استدلالهم بأثر معاذ بن جبل : بأن معاذا طلب أن يزوجوه لحاجته إلى الزواج ، إذ لم يكن وقتها متزوجا ، فأراد أن يقابل ربه وهو محصن عفيف، ولهذا قال : " لا ألقى الله تعالى وأنا عزب " . والإحصان والعفة صورة من صور الحاجة إلى الزواج ، وهذا أخص مما ادعاه أصحاب هذا الرأي فإنهم أجازوا زواج المريض ولو كان غير محتاج إلى الزواج .

كما يمكن مناقشة الأثر الثاني : بأن عبد الرحمن بن أم الحكم لم تثبت له صحبة(١١٠) لرسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يكون في فعله حجة، وأجازة عبد الملك بن مروان لما فعله عبد الرحمن لا تدل أيضا على جواز هذا الفعل لأن عبد الملك ليس صحابيا، وإنما هو تابعي(١١١) ولا حجة في رأي التابعي .

٤٩- واستدل أصحاب هذا الرأي على جواز زواج المريض من المعقول بما يلي:

---

١٠٩) الأم جـ ٤ ص ١٠٣ ، المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٣٢٦ .

١١٠) جاء في الإصابة جـ ٣ ص ٧٢ : " وخلط ابن منده وتبعه ابن نعيم وابن عساكر بترجمته عبد الرحمن بن أبي عقيل الثقفي ، والفرق بينهما ظاهر، فإن الماضي صحيح الصحبة ، صرحوا بأنه وفد على النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وروى ذلك عنه صحابي مثله ، وأما هذا – يعني عبد الرحمن بن أم الحكم – فلم يثبت له رؤية إلا بالتوهم " .

١١١) هو عبد الملك بن مروان الأموي القرشي ، من أعاظم الخلفاء ودهاتهم ، نشأ في المدينة فقيها واسع العلم ، متعبدا ناسكا، واستعمله معاوية على المدينة وانتقلت إليه الخلافة سنة ٦٥ هـ فكان حازما قويا جمع كلمة المسلمين ، توفى سنة ٨٦ هـ .. انظر : الأعلام جـ ٢ ص ٦٠١ .

أولا : أن الزواج كالبيع في أن كلا منهما عقد معاوضة ، والبيع يجوز في حال الصحة . والمرض ، فيصح كذلك الزواج في حالة الصحة والمرض على حد سواء .

ثانيا : أن عقد الزواج حال المرض صدر من أهله في محله بشرطه ، فيصح قياسا على صحته عند صدوره من السليم (١١٢) .

ثالثا : أن الزواج من الحوائج الأصلية ، والمصالح الأساسية ، لأن بقاء النوع الإنساني بالتناسل ولا طريق للتناسل إلا بالنكاح، والمريض لا يمنع من الحوائج الأصلية كالصرف في ثمن الأدوية والأغذية ، فلا يمنع كذلك من النكاح (١١٣)

٥٠- ويمكن أن يناقش الدليل الأول : بأن قياس الزواج فيه على البيع قياس مع الفارق ، فإن البيع فيه معاوضة مالية من الطرفين ، بخلاف الزواج فإن دفع المال فيه إنما يكون من قبل الزوج وحده .

كما يمكن مناقشة الدليل الثاني : بأن شروط النكاح لم تتوفر في نكاح المريض ، لأن من شروط النكاح ألا يكون أحد الزوجين مريضا غير محتاج إلى الزواج .

ويمكن أن يناقش الدليل الثالث – كذلك – بأن النكاح يعتبر من الحوائج الأصلية، والمصالح الأساسية ، عندما يكون المريض في حاجة إليه ، أما إذا كان غير محتاج إليه فلا يكون من الحاجات الأصلية في حقه ، وإنما يكون سببا من أسباب إلحاق الضرر بالورثة ، وهو أمر غير جائز .

أدلة أصحاب الرأي الثاني ومناقشتها :

٥١- واستدل المالكية في المشهور عندهم على أنه لا يجوز للمريض الزواج

---

١١٢) انظر في الدليل الأول والثاني : المغني جـ ٦ ص ٣٢٦ فقد جاء فيه : " ولنا أنه عقد معاوضة يصح في الصحة فيصح في المرض كالبيع، ولأنه نكاح صدر من أهله في محله بشرطه فيصح كحال الصحة " .

١١٣) تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ٤ .

أثناء مرضه مرض الموت ، ولو كان محتاجا إلى هذا الزواج ، بأنه لو جاز هذا الزواج لأدخل المريض بذلك على الورثة وارثا جديدا، وهو منهي عنه لما فيه من الإضرار بالورثة ، وتقليل أنصبتهم في الميراث(١١٤).

٥٢- ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن هؤلاء الفقهاء لم يذكروا هنا - فيما اطلعنا عله - دليلا واحدا يدل على النهي عن إدخال وارث جديد، على أن دخول الزوجة ضمن الورثة في حالة احتياج المريض للزواج لا يكون قصدا بل تبعا ، فالقصد من الزواج أساسا بالنسبة للمريض المحتاج هو سد حاجته ، أما دخول الزوجة ضمن الورثة ومشاركتها لهم فهو أمر تبعي .

الرأي الراجـــح :

٥٣- ونستطيع بعد عرض أدلة الرأيين ومناقشتها على النحو السابق القول بأنه : ينبغي التفرقة بين مريض محتاج إلى الزواج فهذا يجوز له الزواج، ومريض غير محتاج إليه فلا يجوز له أن يتزوج . وهذه التفرقة في الحكم ضرورية للحفاظ على مصالح المريض من ناحية ، ومصالح الورثة والدائنين من ناحية أخرى ، فإننا لو أجزنا للمريض الزواج وهو غير محتاج إليه - كما يقول أصحاب الرأي الأول - لكان في هذا إضرار بالدائنين والورثة ولو منعنا المريض من الزواج في حالة احتياجه إليه - كما يقول المالكية - لكنا بهذا قد ألحقنا الضرر بالمريض ، فالخير فيما انتهينا إليه من جواز زواج المريض المحتاج إلى الزواج ومنع المريض غير المحتاج إليه تحقيقا لمصلحة الجميع . ، والله أعلم .

---

١١٤) انظر عبارة الخرشي السابقة : هامش الفقرة ٤٥، وجاء في الشرح الصغير جـ ٢ ص ٤٢٧ : " .. وعلة المنع : ان فيه ادخال وارث " .

المبحث الثاني
زواج المريض بأكثر من مهر المثل

٥٤- وقفنا - فيما سبق - على حكم زواج المريض بمهر المثل أو بأقل منه ، ولا يخفى أن الزواج إذا تم على هذا النحو فإنه يجب تسليم المهر إلى المرأة كاملا ، سواء كان في حدود ثلث التركة أم زاد على ذلك ، لأن الزواج في هذه الحالة يشبه البيع بثمن المثل ، وقد عرفنا فيما سبق - أن البيع بثمن المثل صحيح ، ويكون من رأس المال (١١٥).

٥٥- ولكن ما هو الحكم إذا كان المهر المسمى للمرأة من قبل المريض قد زاد على الثلث ، كما لو كان مهر مثلها خمسة آلاف جنيه فعقد عليها بمهر قدره عشرة آلاف جنيه ؟

هنا يجب التفرقة بين ما إذا كانت الزوجة وارثة للمريض أو غير وارثة له، فإذا كانت الزوجة وارثة للمريض فيجب لها مهر المثل ، وما زاد عليه لا تستحقه إلا بإجازة بقية ورثة المريض ، وذلك لأن هذه الزيادة محاباة للوارث ، فلا تنفذ إلا بإجازة باقي الورثة(١١٦).

أما إذا كانت الزوجة غير وارثة للمريض - كما لو كانت ذمية أو ماتت قبل موت الزوج - فيجب لها مهر المثل ، ومازاد على مهر المثل إن كان في

---

١١٥) تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ٣-٤ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٣٤ الأم جـ ٤ ص ١٠٣ المغني جـ ٦ ص ٣٢٦، وجاء في المهذب للشيرازي جـ ١ ص ٤٥٣: " وإن باع المريض بثمن المثل أو تزوج امرأة بمهر المثل صح العقد ، ولم يعتبر العوض من الثلث ، لأنه ليس بوصية ، لأن الوصية أن يخرج مالا من غير عوض ، ولم يخرج ههنا شيئا من غير عوض " .

١١٦) المراجع السابقة ، انظر : الوجيز للغزالي جـ ١ ص ٢٧٢- ٢٧٣ فقد جاء فيه : " وان نكح - أي المريض - بأكثر من مهر المثل فالزيادة من الثلث " .

حدود ثلث التركة نفذ لها ، وإن زاد على الثلث احتاج القدر الزائد إلى إجازة ورثة المريض ، وذلك لأن الزيادة على مهر المثل هنا تبرع لغير وارث ، فتنفذ في حدود الثلث (١١٧) .

المبحث الثالث
زواج المريضة بأقل من مهر مثلها

٥٦- ولو تزوج الرجل الصحيح إمرأة مريضة فإما أن يصدقها مهر المثل أو أكثر منه أو دونه ، فإن أصدقها مهر المثل أو أكثر منه استحقت ما أصدقها وليس لأحد الاعتراض على هذا التصرف . أما إذا أصدقها دون مهر المثل فقد ذهب الشافعية (١١٨) إلى التفرقة بين ما إذا كان الزوج وارثا أو غير وارث ، فإذا كان وارثا فلورثة الزوجة المريضة مطالبة الزوج بتكميل مهر المثل ، لأن قبول الزوجة بأقل من مهر المثل يعتبر تبرعا للزوج الوارث ، والتبرع للوارث لا يجوز إلا بإجازة بقية الورثة . وإذا كان الزوج غير وارث - كما لو كان الزوج مسلما والزوجة ذمية - اعتبر ما نقص عن مهر المثل من الثلث ، فإذا كان ما نقص في حدود الثلث نفذ بدون إجازة ، وإن زاد على الثلث احتاج الزائد إلى إجازة الورثة .

---

١١٧) جاء في المغني جـ ٦ ص ٩٤ :

" إذا تزوج في مرض موته امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لايملك سواها، ثم مات ، فإن ورثته بطلت المحاباة إلا أن يجيزها الورثة، وإن لم ترثه - لكونها مخالفة له في الدين أو غير ذلك - فلها مهرها وثلث ماحاباها به " .

١١٨) جاء في شرح البهجة جـ ٤ ص ١١ : " ... (وفي النكاح) في المرض (التحابي جعلا تبرعا لوارث) فلا ينفذ إلا بإجازة بقية الورثة، وذلك بأن نكحها المريض بأكثر من مهر مثلها ، أو نكحته المريضة بدونه ، فإن لم يكن من حوبي منهما وارثا فهو مابينه بقوله : (وأولا إن ماتت) أي إن ماتت (الزوجة) أولا أي قبل موت زوجها المذكور (أو) لم تمت قبله لكن (لم ترث) منه : كأن كانت ذمية وهو مسلم (فزائد المهر احتسب) أنت (من ثلث) المال من غير توقف على إجازة " .

وواضح من التفرقة السابقة أن الشافعية يعتبرون الزوجة قد فوتت على ورثتها حقا ماليا ، ولهذا أجازوا للورثة حق الاعتراض على تصرفها .

٥٧- وذهب الحنابلة (١١٩) إلى عدم التفرقة بين ما إذا كان الزوج وارثا أو غير وارث ، فقالوا : إذا تزوج الصحيح امرأة مريضة بصداق أقل من مهر مثلها فليس لها إلا مهر المثل ، ولا حق لأحد من ورثة الزوجة في الاعتراض على تصرفها سواء كان الزوج وارثا أم غير وارث ، وذلك لأن حق الدائنين والورثة يتعلق بأموال المريض ولا يتعلق بمنافع بدنه ، والمرأة المريضة التي قبلت الزواج بأقل من مهر مثلها لم تتصرف في مال وإنما تصرفت في منافع بدنها ، ونظير ذلك ما لو أجرت نفسها بأقل من أجرة المثل فإن ذلك جائز كما سبق بيانه (١٢٠).

---

١١٩) الفروع جـ ٤ ص ٦٦٩ .

١٢٠) انظر ما سبق الفقرة ٢٧ .

الفصل الثالث
أثر المرض في الخلع

تمهيد وتقسيم :

٥٨- الخلع في اللغة :النزع ، يقال خلع فلان ثوبه ، أو خلع نعله ، بمعنى نزعه(١٢١).وفي اصطلاح الفقهاء هو: الفرقة بعوض يأخذه الزوج(١٢٢). واعتبار الخلع من عقود المعاوضات مبني على ما فيه من معنى المعاوضة، فالزوجة تدفع لزوجها مبلغا من المال في مقابل الموافقة على مفارقتها وإنهاء زواجها . ومرض الموت يؤثر في الخلع من النواحي التالية :

أ - مشروعيتـه .

ب - مقدار العوض الذي تدفعه الزوجة .

جـ - عدم وقوع التوارث بين الزوجين .

ونتناول كل جانب من هذه الجوانب التي يؤثر فيها المرض في مبحث خاص .

المبحث الأول
مشروعية الخلع

٥٩- اختلف فقهاء الشريعة في جواز خلع المريض أو المريضة على مذهبين :

---

١٢١) المغرب - للمطرزي (مادة : خلع) .

١٢٢) الأنوار لأعمال الأبرار جـ ٢ ص ١٠٠ .

ووجه مناسبة المعنى الشرعي للمعنى اللغوي : إن كلا من الزوجين لباس للآخر، قال تعالى : " هن لباس لكم وأنتم لباس لهن " ... فإذا افتدت المرأة نفسها من زوجها بمالها ، وقام الزوج بتطليقها ، فكأنهما نزعا لباسهما.

انظر : المغرب في مادة خلع ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٦٢ .

المذهب الأول – وبه يقول الحنفية(١٢٣) والشافعية(١٢٤) والحنابلة(١٢٥) والإمام مالك(١٢٦) في رواية – أنه يجوز للمريض أن يخالع زوجته ، ويجوز للمريضة أن تخالع زوجها ، ولا مانع من ذلك شرعا.

المذهب الثاني – وبه يقول الإمام مالك (١٢٧) في الرواية الأخرى عنه – : أنه لا يجوز لأي من الزوجين إذا كان مريضا مخالعة الآخر ، لكن إذا وقع ذلك بالفعل فإنه يكون نافذا .

---

١٢٣) جاء في حاشيته " اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية جـ ٢ ص ٢٣٧ : " ولو اختلعت من زوجها وهي صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى ، قل ذلك أو كثر ، ولاميراث بينهما، سواء مات بعد انقضاء العدة أو قبل انقضاء العدة ، لوجود الرضى من كل واحد منهما ببطلان حقه ".

جاء في جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٣٦ – ٢٣٧ : " مريضة اختلعت من زوجها بمهرها ثم ماتت ينظر إلى ثلاثة أشياء " إلى ميراثه منها ، وإلى بدل الخلع وإلى ثلث مالها ، فيجب أقلها".

١٢٤) الأنوار لأعمال الأبرار جـ ٢ ص ١٠١ وجاء في الأم جـ ٥ ص ٢٠٠: " والخلع في المرض والصحة جائز ، كما يجوز البيع في المرض والصحة سواء أيهما كان المريض : أحدهما دون الآخر ، أو هما معا" .

١٢٥) المغني جـ ٦ ص ٩٥، جـ ٧ ص ٨٨ – ٨٩ " وجملة الأمر أن المخالعة في المرض صحيحة، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعا " .

١٢٦) جاء في المنتقى للباجي جـ ٤ ص ٦ : " وأما المريضة ففي كتاب ابن الموازعن مالك لا يجوز الخلع ، وروى ابن عبد الحكم عنه جواز ذلك .

وجه القول الأول : انه عاوضها بالطلاق على أمر لا تملكه ، لأن الزوجة لاتملك تصيير مالها إليه حال مرضها .

ووجه القول الثاني : أن مرض أحد الزوجين لا يمنع وقوع الطلاق ، فلم يمنع المقصود به من إزالة الملك " .

١٢٧) المرجع السابق : نفس العبارة ، الشرح الصغير بحاشية الصاوي جـ ٢ ص ٥٢٧ .

٦٠- وقد استند أصحاب المذهب الأول إلى الأدلة التالية :

أولا :أن البيع يجوز في المرض والصحة ، فيجوز الخلع كذلك بطريق القياس في المرض والصحة ، إذ أن كلا منهما عقد معاوضة (١٢٨) .

ثانيا : أنه يجوز للمريض أن يطلق زوجته أثناء مرضه ، فيجوز له أن يخالعها من باب أولى ، لأنه إذا جاز للمريض فصم عرى الزوجية بدون مقابل عن طريق الطلاق ، فإنه يجوز له فصمها بمقابل عن طريق الخلع من باب أولى (١٢٩) .

ثالثا : أنه يجوز للمريضة صرف مالها في أغراضها وشهواتها وملذاتها ، فيجوز لها صرف مالها في اختلاعها من زوجها ، باعتبار أن الخلع أحد أغراضها (١٣٠) .

رابعا : أن البضع (١٣١) لا يتعلق به حق للوارث ، فيجوز لذلك الخلع للزوج المريض والزوجة المريضة (١٣٢) .

---

١٢٨ الأم : العبارة السابقة ، المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٨٨ .

١٢٩ جاء في الأم جـ ٥ ص ٢٠٠ : " فإن كان الزوج المريض فخالعها بأقل من مهر مثلها ماكان أو أكثر فالخلع جائز ، وإن مات من المرض، لأنه لو طلقها بلا شئ كان الطلاق جائزا ." .

وجاء في نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٠ : " ويصح خلع المريض بأقل شئ ، لأن طلاقه مجاناً صحيح ، فبشئ أولى " .

١٣٠) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٠ : مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٦٤-٢٦٥

١٣١) البضع - بضم الباء - يطلق في اللغة على الفرج والجماع ، ويطلق على التزويج أيضا ، كالنكاح يطلق على العقد والجماع ، وتستأمر النساء في أبضاعهن ، أي في تزويجهن .. " المصباح المنير (مادة : بضع) بتصرف .

١٣٢) نهاية المحتاج : الموضع السابق .

٦١ - واستدل أصحاب المذهب الثاني على عدم جواز خلع المريض والمريضة : بأنه لو جاز الخلع لهما لأدى ذلك إلى إخراج وارث (١٣٣)، لأن الزوجية تنتهي بالخلع ، وهي سبب الإرث ، وإخراج وارث أمر محرم .

واستدلوا على عدم جواز الخلع من الزوجة المريضة : بأن الزوجة لا تملك حق إعطاء مالها إلى زوجها أثناء مرضها (١٣٤) .

٦٢ - لكن يمكن أن يناقش الدليل الأول لأصحاب المذهب الثاني : بأن الخلع يتم برغبة كل من الزوج والزوجة ، لأنه عقد كسائر العقود التي يشترط فيها رضى الطرفين، وعلى هذا فخروج الوارث تم باختياره وليس قهرا عنه . كما يمكن مناقشة دليلهم الثاني بأن المريضة من حقها أن تصرف مالها في مطالبها وأغراضها التي تحتاج إليها ، والخلع داخل في هذه المطالب والأغراض، فلا تمنع المريضة منه ، لا سيما وأنه عقد معاوضة وليس تبرعا .

٦٣ - وعلى هذا يمكننا ترجيح المذهب الأول القائل بجواز خلع المريض والمريضة ، لسلامة أدلته من المناقشة ، كما رأينا فيما سبق ، والله أعلم.

المبحث الثاني
العوض الذي تدفعه الزوجة

٦٤- يختلف الحكم في العوض الذي تدفعه الزوجة في الخلع باختلاف شخص المريض ، فإذا كان المريض هو الزوج فلا تأثير للمرض بحال ، سواء كان ما أخذه المريض من زوجته مساويا لمهر مثلها أم أقل أم أكثر ، فلا حق للورثة في الاعتراض على هذا التصرف ، إذ من المقرر أن المريض

---

١٣٣) جاء في الشرح الصغير جـ ٢ ص ٥٢٧ : " .. (ونفذ خلع المريض) مرضا مخوفا ... وأشار بقوله (ونفذ) إلى أنه لا يجوز إبتداء ، لما فيه من إخراج وارث ".

١٣٤) انظر عبارة الباجي السابقة .

يصح منه طلاق زوجته مع أنه بغير مقابل، فإذا خالع زوجته بمقابل كان الخلع صحيحا من باب أولى (١٣٥) .

٦٥- أما إذا كان المريض هو الزوجة فقد اختلف الفقهاء فيما يجب للزوج على أربعة آراء :

الرأي الأول – وبه قال الحنفية (١٣٦) – : أنه تجب التفرقة في الحكم بين ماذا ماتت الزوجة قبل انقضاء العدة أو بعدها ، فإذا ماتت قبل انقضاء العدة كان للزوج الأقل من ثلاثة أشياء : العوض المتفق عليه في الخلع ، أو مقدار ما يرثه على افتراض أنه وارث ، أو ثلث التركه . وإذا ماتت الزوجة بعد انقضاء العدة كان للزوج الحق في الأقل من شيئين : العوض المتفق عليه في الخلع ، أو ثلث التركة .

وقد قال الحنفية بوجوب الأقل من ثلاثة أشياء أو من شيئين مخافة أن تكون الزوجة قد عمدت إلى نفع زوجها بأكثر من نصيبه في الميراث عن طريق الخلع .

الرأي الثاني – وبه قال الحنابلة(١٣٧) وهو المعول عليه عند المالكية(١٣٨)-: أن الزوج يستحق الأقل من شيئين: العوض المتفق عليه في الخلع،

---

١٣٥) راجع : المبسوط جـ ٦ ص ١٩٣ ، الأم : العبارة السابقة ، المغني جـ ٧ ص ٨٩ وقد جاء فيه : " أما خلعه لزوجته فلا إشكال في صحته ، سواء كان بمهر مثلها أو أكثر ، أو أقل ، ولا يعتبر من الثلث ، لأنه لو طلق بغير عوض لصح ، فلأن يصح بعوض أولي ، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شئ ، فإنه لو مات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل إلى ورثته " .

١٣٦) المبسوط جـ ٦ ص ١٩٢ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٣٦ – ٢٣٨.

١٣٧) جاء في المغني جـ ٧ ص ٨٨ : " . ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع ، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة ، وهذا قول الثوري واسحق وانظر المغني في موضع آخر جـ ٦ ص ٩٥ فقد قارن بين المذاهب في المسألة .

١٣٨) جاء في شرح الخرشي جـ ٣ ص ١٦٠ : " أعلم أن مالكا قال في المدونة : ومن اختلعت في=

أو المقدار الذي يستحقه على فرض أنه وارث . وحجتهم: أن الزوجة التي تخالع زوجها في مرضها متهمة بأنها قد تريد نفع زوجها بنصيب أكثر مما يستحقه بطريق الميراث ، فإذا وجب له الأقل من المسمى ومما يستحقه على فرض إرثه فقد زالت هذه التهمة ، لأن الزوج إذا لم يأخذه بطريق الخلع فإنه يأخذه بطريق الميراث (١٣٩) .

الرأي الثالث – : وبه قال عدد قليل من فقهاء المالكية (١٤٠) –: أن على الزوج أن يرد كل ما دفعته له الزوجة التي خالعته في مرضها . وهذا الرأي منتقد ، لأنه مبني على أن الخلع في مرض الموت حرام ، وقد أثبتنا قبل رجحان جوازه (١٤١) .

= مرضها – وهو صحيح – بجميع مالها لم يجز ولا يرثها . وقال ابن القاسم فيها وأنا أرى أنها إذا اختلعت منه بأكثر من ميراثه منها فله قدر ميراثه ويرد الزائد وان اختلعت منه بقدر ميراثه فأقل فذلك جائز ، ولا يتوارثان .

واختلف هل قولهما خلاف ؟ وإليه ذهب ابن المواز وابن نافع ، وعليه فقول مالك لم يجز ، أي يبطل جميعه ، ويرد ماخالعت به لها أو لورثتها . أو وفاق وهو ماذهب إليه عياض والأكثر ، وعليه فقول مالك لم يجز ، أي لم يجز القدر الزائد من المخالع به علي إرثه ، زي أنه يبطل القدر المجاوز لإرثه مما خالعت به " .

وانظر حاشية العدوى على الخرشي : في نفس الموضع ، الشرح الصغير جـ ٢ ص ٥٢٨ – ٥٢٩.

١٣٩) أنظر المغني جـ ٧ ص ٨٨ فقد جاء فيه – تعليلا لعدم جواز الخلع بأكثرمما يرثه الزوج : " انها – أي الزوجة – متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه ، وهو وارث لها، فبطل كما لو أوصت له ، أو أقرت له ، وأما قدر ميراثه فلا تهمه فيه ، فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه ".

١٤٠) انظر عبارة الخرشى السابقة

١٤١) راجع الفقرة ٥٩ ومابعدها .

الرأي الرابع – : وبه يقول الشافعية (١٤٢)-: أن الزوج لا يستحق إلا مهر المثل أما مازاد عليه فإنه يكون تبرعا لا ينفذ منه إلا ماكان في حدود الثلث .

وعلى هذا فلو كان بدل الخلع خمسة آلاف جنيه ، ومهر مثلها ثلاثة آلاف ، استحق الزوج ثلاثة آلاف ، والألفان الزائدان عن مهر المثل لايستحقهما الزوج إلا إذا كانا في حدود ثلث التركة ، فإذا كانا أكثر من الثلث أخذ منهما مقدار الثلث فقط .

ودليلهم على ما ذهبوا إليه : أن مازاد على مهر المثل يعتبر تبرعا من الزوجة للزوج ، لأنها لم تأخذ مقابلا له ، فيجري عليه حكم المحاباة في البيع .

ويمكن مناقشة هذا الرأي بأن الزوجة المريضة متهمة بأنها قصدت إعطاء زوجها مالا بطريق الخلع أكثر من نصيبه بطريق الميراث ، فلهذا كان ضروريا الاعتماد على ما ذهب إليه الحنابلة وأكثر المالكية من جعل نصيب الزوج الأقل من أمرين : عوض الخلع ، أو نصيبه في الميراث .

الراجـــح :

٦٦– هذا وقد تبين مما سبق أن الراجح في هذه المسأله ما ذهب إليه الحنابلة ومن معهم ، حيث سلم دليلهم من المناقشة في حين أنه لم تسلم أدلة الآراء الأخرى من ذلك ، والله أعلم .

---

١٤٢) انظر نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٠ فقد جاء فيها : " .. (ويصح اختلاع المريضة مرض الموت) لأن لها صرف مالها في شهواتها، بخلاف السفيه (ولا يحسب من الثلث إلا زائد على مهر المثل) لأن الزائد عليه هو التبرع وليس مازاد على وارث ، لخروجه بالخلع عن الإرث ، ومن ثم لورث ببنوة عم توقف الزائد على الإجازة مطلقا . أما مهر المثل فأقل فمن رأس المال .. " .

المبحث الثالث
عدم وقوع التوارث بين الزوجين

٦٧- إذا خالعت المرأة زوجها فإنه يترتب على ذلك عدم التوارث بينهما ، باعتبار أن سبب الإرث هو الزوجية ، وقد زالت بالخلع .

وقد اختلف الفقهاء في مدى تطبيق هذا الحكم ، فذهب جمهورهم (١) إلى أنه يستوى في هذا الحكم أن يكون المريض هو الزوج أو الزوجة ، لأنه لا يتصور من أحدهما الفرار من الإرث بالخلع ، ذلك أن الخلع يتم بإرادتهما .

وذهب المالكيــــة (١) إلى التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول :أن يكون المريض هو الزوج : وفي هذا الفرض فإن الزوجة ترثه إن مات قبلها ، ولا يرثها إن ماتت قبله . أما أنها ترثة فإنه قد يقصد بالخلع حرمانها من الميراث ، بناء على ماذهبوا إليه من أن الفرار يمكن وجوده حتى مع رضى الزوجة بالفراق ، وأما أنه لا يرثها فلأنه هو الذي أسقط ما كان يستحقه ميراثا بقبوله الخلع.

الفرض الثانـــي : أن يكون المريض الزوجة : وفي هذا الفرض لا يرث أي من الزوجين الآخر .

وإلى هنا ينتهي - بحمد الله تعالى - ماأردنا تضمينه هذا البحث والله نسأل أن يجعله خالصا لوجهه الكريم وأن ينفع به، آمين.

---

١٤٣) جامع الفصولين وحاشية اللآلئ الدرية جـ ص ٢٣٧ - ٢٣٨ نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٠ وقد مرت قريبا عبارتها ، وجاء في الأم جـ ٥ ص ٢٠٠ : " ولاترث المختلعة في المرض ولا في الصحة زوجها ، ولا يرثها ، ولو مات أحدهما وهي في العدة " وانظر المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٢٣ (ط : المنار ١٩٤٧) .

١٤٤) جاء في الشرح الصغير جـ ٢ ص ٥٢٧ : " .. (نفذ خلع المريض) مرضا مخوفا ... (وترثه) زوجته المخالعة من مرضه إن مات منه ، ولو خرجت من العدة وتزوجت بغيره (دونها) أي فلا يرثها هو إن ماتت في مرضه قبله ، ولو كانت مريضة حال الخلع أيضا ، لأنه هو الذي أسقط ماكان يستحقه .. " وانظر : شرح الخرشي جـ ٣ ص ١٥٨ .

مَفْهُوم العُرْف فِي الشَّرِيعَةِ الإِسْلَامِيَّة

بقلم الدكتور حسنين محمود حسنين *

---

* استاذ بقسم الشريعة بكلية الشريعة والقانون بالإمارات . له مؤلفات في أصول الفقه .

لقد جرت عادة العلماء أن تحدد معنى العرف لغة ثم تبين معناه اصطلاحا وذلك لبيان العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي ،

العرف في اللغة(١) :

العرف ضد النكر ، ويطلق ويراد منه عدة معاني:

١- أعلى الشيء ، ومنه قول الله تعالى :(وعلى الأعراف رجال) (٢) ، أي أعالي السور بين الجنة والنار .

٢- التتابع، ومنه قول الله تعالى : (والمرسلات عرفا) (٣) ، أي الملائكة المرسلات متتابعة ، أو الرياح المتتابعة ، ومنه أيضا عرف الفرس أي شعرعنقه المتتابع .

٣- المألوف المستحسن ، الجميل بالإحسان ، ومنه قول الشاعر :

وليس يضيع عند الله عـــرف　　إذا ما العرف عند الناس ضاعا

٤- اسم من الاعتراف ، تقول : له علي مائة عرفا ، أي أعترف بهـــا إعترافا .

٥- الصبر ، وقد سمي الصبر عرفا لدلالته على السكون والإستقرار ومنه قول أبو دهبل الجمحي .

قل لابن قيس أخـــي الرقيات　　ما أحسن العرف في المصيبات.

---

(١) لسان العرب : ١٤٤/١١ ، ١٤٧ ؛ والقاموس المحيط : ١٧٨/٣ ومـــا بعدها ؛ والمعجم الوسيط : ٢/ ٥٩٥ .

(٢) الأعراف : ٤٦ ، وانظر تفسير الجلالين : ١٢٨ .

(٣) المرسلات : ١ ، ويجوز أن يكون المراد : المرسلات بالجود والإحسان . أنظر تفسير الجلالين : ٤٩٧

العادة في اللغـــة (٤):

العادة لفظ مفرد يجمع على عادات وعوائد ، والعادة هي الدأب والاستمرار فكل ما اعتيد حتى صار يفعل من غير جهد فهو عادة ، وسميت بذلك الإسم لأن صاحبها يعاودها ، أي يرجع إليها مرة بعد أخرى .

ومن هذا المعنى قول الله تعالى : (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) (٥)، وقوله :(ألم تر إلى الذين نهوا عن النجوى ثم يعودون لما نهوا عنه(٦)

ومنه ما جاء في الأثر:" تعودوا الخير ، فإن الخير عادة ، والشـــر لجاجة(٧) هذا وبالمقارنة بين العرف والعادة من حيث اللغة نجد أن العادة هي أحد معانى العرف فإنها الأمر المتكرر ، والمتكرر هو المتتابع ، والأمر إذا تكرر يكون مألوفا مستحسنا ، والمتتابع والمألوف كلاهما من معاني العرف .

العرف والعادة في الإصطلاح :

أما في الإصطلاح : فقد اختلفت عبارة العلماء في تعريف كل منهما تبعا لاختلافهم في شمول العرف للعادة ، أو شمولها له ، أو في كونهما مترادفين وللعلماء في ذلك اتجاهات ثلاثة :

---

(٤) المعجم الوسيط : ٢/ ٦٣٦ .

(٥) المجادلة : ٣ .

(٦) المجادلة : ٨ .

(٧) رواه ابن ماجه ، وابن حبان والطبراني في الكبير ، والحديث إسناده حسن ورجاله ثقات . انظر مسند الشهاب : ٤٧/١ ، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي : ٤٢٤/٤ .

* **الإتجاه الأول** : ويرى أصحابه أن العرف والعادة بمعنى واحد ، فهما لفظان مترادفان ، لا فرق بينهما ، ومن أصحاب هذا الإتجاه عبد الله بن أحمد النسفي في المستصفى(٨)، وابن عابدين في رسالته نشر العرف، والرهاوي في شرح المنار ، وابن نجيم في الأشباه والنظائر(٩). ومن العلماء المحدثين علي حيدر في شرحه للمادة السادسة والثلاثين من مجلة الأحكام العدلية ، كما سار مع هذا الإتجاه أيضا فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف(١٠).

وهؤلاء يرون أن العرف والعادة هما ما استقر في النفوس من قول أو فعل ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول ، لا فرق في ذلك بين ما كان للعقل في إنشائه مدخل ، وبين ما ليس للعقل فيه مدخل كحرارة الجو التي تجعل البلوغ عادة مبكرة ، وكأقل الحيض أو أكثره مما رتب الشرع عليه أحكاما .

* **الإتجاه الثاني** : ويرى أصحابه أن العرف أعم من العادة ، فالعرف ما استقر في النفوس ، وألفته الطباع قولا كان أو فعلا ، بينما تختص العادة بالعرف العملي فقط ، فبينهما العموم والخصوص المطلق ، ومن سار على هذا الإتجاه الكمال ابن الهمام ، والبزدوي وصاحب التلويح (١١).

* **الإتجاه الثالث** : ويرى أصحابه أن العادة أعم من العرف ، فهي الأمر المتكرر بغض النظر عن العلاقة العقلية ، سواء أكان ذلك قولا أو عملا ، صادرا من فرد أو جماعة ، أو كان مصدره أمرا طبيعيا ، لا دخل للعقل فيه كالحيض ،

---

(٨) المستصفى كتاب في الفقه الحنفي ، مخطوط بالأزهر .

(٩) رسائل ابن عابدين : ١٢/٢ ، ١٨٦/١ . وانظر الرهاوي في شرح المنار : ٤٢٣ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٩٣ .

(١٠) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف : ٨٩ .

(١١) كشف الأسرار : ٩٦/٢ ، ٩٨ ؛ التلويح على التوضح: ١٧٥/١ .

والحمل ، وحرارة الإقليم أو برودته التي تجعل البلوغ عادة مبكرة أو متأخرة ، أو كان مصدره العقل فيما كان للعقل فيه مدخل .

وأصحاب هذا الإتجاه يرون أن ما كان للعقل فيه مدخل فهو عرف وعادة ، وما ليس للعقل فيه مدخل فهو عادة ، فالنسبة بينهما العموم والخصوص المطلق ، والعادة أعم من العرف الذي اقتصر إطلاقه على العادات التي للعقل فيها مدخل ، ومن سار على هذا الإتجاه ابن أمير حاج من الحنفية ، وتبعه صاحب كتاب العرف والعادة في رأي الفقهاء حيث صرح بأنه اختار تعريف ابن أمير حاج(١٢).

وبعد فهذه هي اتجاهات العلماء في التفرقة بين العرف والعادة ، ولكنا لم نجد أثرا في الفقه لهذه التفرقة. ولعل من جعلهما لفظين مترادفين ، إنما أراد أن يبين أن كلا منهما له تأثير في بناء الأحكام عليهما ، وعلى هذا فلا يكون هناك ثمةفارق بينهما .

ومن فرق بينهما إنما نظر إلى سبب إطلاق اللفظين على معنييهما ، وشمول أحدهما للآخر ، وإن اعترف بأن كلا منهما له تأثير في بناء الأحكام ولكل وجهة هو موليها ، ولا مشاحة في الاصطلاح.

وبناء على ذلك نختار تعريف النسفي ، ففيه الغناء ، حيث جعل العرف والعادة بمعنى واحد وجعل تعريفه شاملا لهما معا .

تعريف النسفي للعرف والعادة :

عرف عبد الله بن أحمد النسفي العرف والعادة بأنهما :«ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول »(١٣).

---

(١٢) التقرير والتحبير : ١٨٢/١ . وانظر العادة والعرف في رأي الفقهاء لأستاذنا الشيخ أحمد فهمي أبو سنة : ١٠ ، ١٣ .

(١٣) المستصفي للنسفي : ٢١٧/١ ، مخطوط بدار الكتب المصرية ، نقله أستاذنا أحمد فهمي أبو =

شـرح التعريـف :

يرى صاحب هذا التعريف أن العرف والعادة : هو الأمر الذي استقر في النفوس ، فألفته واطمأنت إليه ، ولم تنكره الفطرة السليمة ، وذلك بسبب الاستعمال الشائع المتكرر لهذا الأمر عن رغبة فيه وميل إليه .

ولقد اشتمل هذا التعريف على قيود ، فلفظ «ما » عام يشمل القول والفعل ، ولفظ « استقر في النفوس » قيد يخرج ما يحصل عن طريق الندرة ، فإنه لا يستقر ، ولفظ «من جهة العقول » قيد يخرج ما استقر عن طريق الأهواء والشهوات كتعاطي الخمر وسائر المسكرات ، وما حصل اتفاقا كالتفاؤل أو التشاؤم من بعض الأعمال والأقوال . ولفظ «تلقته الطباع السليمة بالقبول » يخرج ما تألفه الطباع غير السليمة ، فالناس جميعا أو أهل إقليم خاص ، أو أرباب مهنة معينة ، أو أرباب فن من الفنون ، إذا اعتادوا إطلاق لفظ ما على معنى من المعاني ، مخالفين في ذلك الوضع اللغوي لهذا اللفظ ، غير أنه حين إطلاقهم هذا اللفظ يتبادر إلى ذهنهم ما أرادوه من معنى جديد ، فإذا شاع هذا

= سنة في العرف والعادة في رأي الفقهاء ، كما نقله أ . د . الطيب الخضري في الاجتهاد فيما لا نص فيه ، كما نقله أ.د. السيد صالح في كتابه أثر العرف في التشريع الإسلامي . هذا ، وقد نسب بعض الباحثين هذا التعريف للإمام الغزالي في المستصفى . وبالرجوع إلى هذا الكتاب لم نعثر على التعريف ، كذلك لم نجد هذا التعريف في كتابه المنخول. ولعل السبب في نسبة هذا التعريف للغزالي هو أن كلا من النسفي والغزالي له كتاب يسمى المستصفى ، إلا أن مستصفى النسفي في فقه الحنفية ، ومستصفى الغزالي في أصول الفقه والأخير مطبوع والأول مخطوط ، وأستاذنا أحمد فهمي أبو سنة ، حينما كتب تعريف العرف قال في كتابه : « قال في المستصفى ...» فظن من نقل عنه أن هذا التعريف للغزالي . أنظر العرف والعادة في رأي الفقهاء : ص ٨ ؛ الإجتهاد فيما لا نص فيه : ١٨٣/٢ ، أثر العرف في التشريع الإسلامي : ٥٠ ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد سلام مدكور : ٢٢٨ ، نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الخياط : ٢٣ . هذا ، والكتابان الأخيران قد نسبا التعريف للغزالي ، والصحيح ما ذكرناه من نسبته للنسفي .

الاطلاق واستقر في نفوسهم ، واطمأنت إليه ، ولم تنكره الطباع السليمة صار ذلك عرفا .

وإذا اعتاد الرجال من أهل إقليم ما كشف الرأس ولم تستقبحه طباعهم السليمة، واعتبر ذلك عادة لهم وعرفا فلا يعد كشف الرأس بالنسبة لهم مسقطا للعدالة ، بينما إذا لم يعتد ذلك أهل إقليم آخر ، بل أنكرته طباعهم ، فإذا اعتبروا ذلك مسقطا للعدالة فلهم ذلك وهم على ما تعارفوا عليه واعتادوه .

وإذا إعتاد تجار الجملة في بلد ما أن يكون تسليم البضاعة في بلد أو مكان المشتري فهم على ما اعتادوا ، فإذا هلكت في الطريق يكون الهلاك على البائع ، أما إذا اعتادوا أن يكون التسليم في بلد البائع ، فهلاكها في الطريق إنما يكون على المشتري ، والناس وما اعتادوا وما ألفوا .

المناقشـــــة :

ناقش بعض الباحثين المحدثين هذا التعريف باعتراضين متناقضين تماما ، أولهما فهو لصاحب كتاب نظرية العرف الذي اعتبر أن التعريف يشتمل على قيود كثيرة يجب أن تحذف بينما نجد أن صاحب كتاب أثر العرف في التشريع الإسلامي يرى أنه من الضروري إضافة قيود أخرى في التعريف.

وإليك تفصيل ما أجملنا :

الاعتراض الاول :

إعترض صاحب نظرية العرف (١٤) على هذا التعريف ، بأن ما تقبله الطبائع يعد عرفا ، وأن وصف الطبائع بأنها سليمة فيه نظر ، إذ أن العرف يحتاج إلى جهة تميز السليم منه من السقيم ، والحسن منه والقبيح ، ولا جهة تعين إلا الشرع أو العقل عند من يقول بتحسين ما يحسنه ، وتقبيح ما يقبحه .

---

(١٤) نظرية العرف ، د . عبد العزيز الخياط : ٢٣ .

وإذا كانت الجهة المميزة هي الشرع أو العقل ، فإن العقل لا يصلح للتمييز لاختلاف العقول وتبدلها ، فلم يتبق إلا الشرع ، وعلى ذلك فيكون التعريف قاصرا على العرف الصحيح فقط ، فيكون غير جامع للعرف الفاسد .

هذا ويمكننا أن نجيب عن هذا الإعتراض من وجهين :

الوجه الأول :

أننا لا نسلم أن التعريف قاصر على العرف الصحيح فقط ، بل نرى أنه جامع للصحيح والفاسد معا ؛ وبيان ذلك أن استقرار الأمر من جهة العقـــول ، وتلقي الطباع السليمة له بالقبول ؛ إنما يعني أن الناس يرون في هذا الأمر الذي استقر مصلحة لهم ، من جلب منفعة أو دفع مضرة ، أعني مطلق منفعة ، ومطلق مضرة، ويكون المراد بالطباع السليمة مالها القدرة على ربط هذا الأمر بالمصلحة المترتبة عليه ، مما يجعلهم يعاودون فعله ، المرة بعد الأخرى حتى يكون ديدنا لهم، متعارفا بينهم .

ومما يؤيد ما ذهبنا إليه ما كتبه صاحب كتاب العرف والعادة في رأي الفقهاء في شرحه لهذا التعريف ، والذي رأى فيه أن الطبع والعقل يخطىء ويصيب ، يقول : « وقد يعترض : كيف يقال إن الطباع السليمة تقبل عقود الربا ، وإحراق الموتى ؟ والجواب عن ذلك : أن الطباع السليمة ليست منبعا للخير دائما ، وليست معصومة عن القبيح ، بل هي العقول تخطىء وتصيـــب » (١٥) .

أما الوجه الثاني :

أننا نسلم أن التعريف قاصر على العرف الصحيح ، ولا يضرنا خروج العرف الفاسد ، لأننا بصدد الحديث عن العرف الذي تبنى عليه الاحكام الشرعية ، والذي تبنى عليه الأحكام لا يكون إلا صحيحا . ثم إن صاحب التعريف جعل المميز للعرف الصحيح من الفاسد هو العقل والطبع معا ، وهما أمران لا ينفكان

---

(١٥) العرف والعادة في رأي الفقهاء : ٩ .

والمراد بالطبع السليم هنا فطرة الله التي فطر الناس عليها ، وهذه الفطرة من شأنها ألا تصطدم بالشرع ، والعقول وإن تفاوتت لكن يبقى هناك قدر مشترك بينها يميز الصحيح من الفاسد ، إذا كان الطبع سليما ، ولا يكون سليما إلا إذا ترعرع في بيئة إسلامية ؛ وعلى ذلك إذا كان هناك عرف فاسد قائم فإن مرجعه لفساد الطباع وبعدها عن ضوابط الشرع ونصوصه .

والنسفي حينما أراد أن يحدد العرف إنما قصد العرف المعتد به ، ولا يقال : إن المراد لا يدفع الإيراد ؛ إذ أنه بصدد الحديث عن العرف كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي ، أو أثر العرف في التشريع الإسلامي فيفهم من ذلك أن المراد بيان العرف المعتد به شرعا ، لا مطلق عرف . إذ العرف الفاسد قد ألغاه الشرع بتشريع الحكم على خلافه لا على وفقه على ما سوف نبين .

الاعتراض الثاني

أما صاحب الاعتراض الثاني فقد رأى أن التعريف غير مانع(١٦)، إذ لم يشتمل على قيد يبين خروج العرف الفاسد الذي يتناقض والشريعة الإسلامية ، إذ اشترط فيما استقر في النفوس ألا ترده الشريعة ، بل وتقرهم عليه . وبناء على ذلك فقد اختار تعريفا آخر يشتمل على كل القيود التي رآها تمنع من دخول ما لا يعد عرفا صحيحا . وقبل أن نتعرض لهذا التعريف بالشرح والنقد نجيب عن هذا الاعتراض بما يلي :

اننا لا نسلم أن التعريف غير مانع من دخول ما ليس منه ، فإن لفظ الطباع السليمة ، إنما يمنع من دخول الأعراف الفاسدة ؛ لأنها لا تقبل ما يتعارض مع الشريعة الإسلامية لأنها فطرة الله التي فطر الناس عليها ، ولقد اعترف صاحب هذا الاعتراض بأن قيد الطباع السليمة يخرج ما لا تقبله هذه الطباع كمظاهر الإباحية واللهو الماجن العابث (١٧) .

---

(١٦) أثر العرف في التشريع : ٥١ .

(١٧) المرجع السابق : ٥٢ .

وقد يجاب بأننا نسلم أن التعريف جامع للصحيح والفاسد من الأعراف ، وعلى ذلك يكون صاحب التعريف إنما أراد أن يعرف مطلق عرف ، ثم يبين بعد ذلك الشروط التي يجب توافرها في العرف كي يعتد به ، ولا نسلم لصاحب هذا الاعتراض زيادة القيود ، لأنها عبارة عن شروط في العرف . والتعاريف تصان عن الشروط والضوابط .

تعريف صاحب كتاب أثر العرف :

عرف صاحب هذا الكتاب العرف بأنه « ما استقر في النفوس واستحسنته العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول ، واستمر الناس عليه مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه » (١٨) .

شرح التعريف :

يرى صاحب هذا التعريف أن كلا من العرف الغير مستقر ، والعرف الذي لا تستحسنه العقول والطباع يخرج عن التعريف ، وكذلك الأعراف التي لا تتقبلها الطباع السليمة كمظاهر الأباحية واللهو العابث فإنها لا تعد من الأعراف المعتبرة، ويشترط في العرف أن يستمر الناس عليه ، وإلا فلا يعتبر عرفا ، كما يشترط ألا ترده الشريعة لمخالفته لنصوصها وأحكامها كالتعامل بالربا وألوانه في البنوك وغيرها ، لأنها أعراف استقرت تبعا للأهواء والشهوات .

مناقشة هذا التعريف :

ونرى أن هذا التعريف قد اشتمل على قيود لا داعي لذكرها فقد أضاف سيادته لتعريف النسفي قيدان هما :

١- القيد الأول : « واستمر الناس عليه » ، وكان عليه أن يكتفي بما استقر في النفوس ، لأنه لا يستقر في النفوس إلا إذا استمر الناس عليه . فقيد « ما استقر في النفوس » يعتبر دليلا على استمرار العمل به .

---

(١٨) أثر العرف في التشريع الإسلامي : ٥٢ .

٢- القيد الثاني : « مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه » وهو أيضا حشو ، فكان عليه أن يكتفي بتلقي الطباع السليمة له ، لأنها لا تقبل ما يصطدم والشريعة كما بينا ، بدليل أن هناك من غير المسلمين من يرى أنه ينبغي أن تكون الفائدة في المصارف صفرا ، وهو عين تحريم الربا .

وعلى فرض أن الطباع السليمة قد تقبل ما يتعارض مع الشريعة الإسلامية ... إلخ « فإن هذا القيد لا يلزم إلا إذا كنا نعرف العرف الصحيح فقط » .

ومما سبق يتبين لنا أن تعريف النسفي يعتبر في نظرنا تعريفا جامعا مانعا ، سواء اعتبرناه شاملا للصحيح والفاسد كما يرى صاحب الاعتراض الثاني ؛ أو كان قاصرا على العرف الصحيح فقط كما يرى صاحب الأعتراض الأول ،فإن ذلك لا يمنع من كونه تعريفا صحيحا ، لا غبار عليه .

منشأ العرف :

يرى بعض الكاتبين أن العرف إنما ينشأ من ارتياح الإنسان إلى فعل من الأفعال التي تميل إليها النفوس ، ثم يتكرر فعله فيصبح عادة ، فإذا انتشرت هذه العادة أو العادات بين الناس وقلد بعضهم بعضا فيها أصبح ذلك عرفا(١٩)، وبناء على ذلك فإن العرف يمر بأطوار هي : ميل النفس إلى عمل ما ، ثم تنفيذ هذا العمل وتكراره حتى يصير عادة ، وأخيرا تقليد الناس لهذا العمل وتكرارهم فعله حتى يصير عرفا (٢٠) .

ومن هذا يتبين لنا أن العادة عندهم غير العرف ، فهي مقدمة له (٢١)، ولعلهم متأثرين بمنهج رجال القانون الوضعي على ما سوف نبينه في موضعه إن شاء

---

(١٩) نظرية العرف : ٢٢ ، ٢٣ .

(٢٠) العرف والعادة : ١٣ ، ١٤ .

(٢١) وهذا يتناقض مع ما ذكره من أن العادة أعم من العرف . المرجع السابق : ١٠ ، ١٣ .

الله تعالى . مع ملاحظة أن أساس التفرقة عندهم ليس هو أساس التفرقة عند من يرى أن العرف أعم من العادة وعند من يرى العكـــس .

ويلاحظ كذلك أنهم تحدثوا عن منشأ العرف بوجه عام ولكن ما كتبوه يقتصر على عرف الناس فقط ، مع أن العرف ينقسم إلى عرف الشارع وعرف الناس على ما سوف نبينه في موضعه عند الحديث عن أقسام العرف إن شاء الله . ثم إن هناك من العادات ما ليس للإنسان دخل في تحقيقها كالحيض والنفاس ، والبلوغ ، ودلوك الشمس مع أن الشارع الحكيم قد ربط بعض الأحكام بهذه العادات ، فدل ذلك على أن هؤلاء الكاتبين حينما تحدثوا عن منشأ العرف إنما تحدثوا عن نوع واحد منه فقط ، هو عرف الإنسان الذي للعقل فيه مدخل . ولم يتحدثوا عن باقي الأنواع كيف نشأت وتكونت .

الإجماع والعرف :

تبين لنا مما سبق معنى العرف ، ولكي نفرق بينه وبين الإجماع ، لا بد من بيان معنى الإجماع ، والأركان التي يتكون منها(٢٢).

تعريف الإجماع (٢٣) :

يرى جمهور الأصولين أن الإجماع هو : " اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع"(٢٤).

---

(٢٢) الإجماع لغة العزم والتصميم ، ومنه قول الله تعالى : (فأجمعوا أمركم) ، أي اعزموا ومنه قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له » ، ويطلق ويراد منه الاتفاق على أمر . والآية رقم ٧١ من سورة يونس ، والحديث رواه الخمسة وصححه ابن خزيمة وابن حبان واختلف في رفعه ووقفه . نيل الأوطار : ٢٦٩/٤ .

(٢٣) الإحكام للآمدي : ٢٨١/١ .

(٢٤) شرح الأسنوي على المنهاج : ٣٠٩/٢ ، ٣١٠ .

أركان الإجماع :

ولا بد للإجماع من أركان يتكون منها ، نجملها فيما يلي :

* **الركن الاول** : توافر عدد من المجتهدين يؤمن تواطؤهم على الكذب ، في عصر وقوع الحادثة التي يراد الحكم فيها ، فإذا خلا العصر من المجتهديـن، أو وجد مجتهد واحد فقط ، أو عدد قليل لا يؤمن تواطؤهم على الكذب ، فلا ينعقد الإجماع .

* **الركن الثاني** : أن يصدر الاتفاق من جميع المجتهدين ، فلا عبرة باتفاق أو اختلاف عوام الناس ؛ وإذا خالف بعض المجتهدين ، فلا ينعقد الإجماع عند من يرى أن إجماع الكثرة ليس حجة ؛ لأن الحق كما يكون مع الكثرة قد يكون مع القلة . وذهب البعض إلى اعتبار إجماع الكثرة. ويرى البعض اعتبار رأي العوام (٢٥) .

* **الركن الثالث** : أن يكون ما أجمعوا عليه حكما شرعيا قابلا للإجتهاد ، فإذا كان حكما غير شرعي كالأحكام اللغوية أو العقلية ، فلا يعد ذلك من الإجماع الشرعي وإن اعتبر في عرف القائلين به .

وكذلك لا يجوز الاجتهاد في الأحكام التي تثبت بأدلة نقلية قطعية الدلالة والثبوت ، لأنها ليست محلا للإجتهاد .

هذا ويشترط في الإجماع أن يكون بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلـم ، إذ في حياته ، لا يكون الإجماع مصدرا للتشريع ، إذ الوحي هو المصدر الوحيد في عصر التنزيل . وهل يشترط في الإجماع أن يكون صريحا ، على معنى أن يبدي كل مجتهد رأيه صراحة ، أم لا يشترط ذلك فإنه يمكن أن يصرح البعض

---

(٢٥) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي : ٣٢٢/١ .

برأيه ويسكت الآخرون فيكون الإجماع سكوتيـا . خلاف بين العلماء يرجع فيه إلى موضعه من كتب الأصول (٢٦) .

الفرق بين الإجماع والعرف :

مما سبق يتبين لنا أن هناك فروقا بين الإجماع والعرف يمكن أن نوجزها فيما يلي ، مع ملاحظة أن المقصود من العرف هنا عرف الناس وليس مطلق عرف :

١- الإجماع لا يتحقق إلا بوجود مجتهدين ، بينما العرف لا يشترط فيه هذا الشرط ، فهو ما تعارف عليه الناس ، سواء وجد بينهم مجتهد أم لا . وذهب بعض العلماء إلى أن الإجماع لا يتحقق إلا بموافقة كل الناس مجتهدين وعوام وهو ما اختاره القاضي أبو بكر والآمدي (٢٧) .

٢- الإجماع حجة لمن يأتي بعد عصر المجمعين ، أما العرف فلا يكون ملزما إلا لمن تعارفوا عليه .

٣- الإجماع لا يتم إلا بعد النظر في المسألة المعروضة ، أو الحادثة الواقعة المراد مناقشتها للوصول إلى حكم فيها ، فإذا اتفق المجتهدون كان ذلك إجماعا ، أما العرف فهو أمر تلقائي يطبقه الناس في حياتهم ، لذا لا بد وأن يكون سابقا على الواقعة المراد تحكيمه فيها ومقارنا لها .

٤- إذا رجع أحد المجتهدين عن رأيه ، أو خالف غيره ابتداء لا ينعقد الإجماع خلافا لمن يرى إجماع الكثرة على ما سبق أن بيناه ، أما بالنسبة للعرف فإنه يجوز للمتعاقدين أن يصرحا بمّا يخالف العرف ، ويبقى العرف بعد ذلك ملزما لمن لم يصرح بخلافه . على أن هناك من الأعراف ما لا يمكن الإتفاق على مخالفتها بأي حال من الاحوال وذلك كالأعراف الشرعية كأحكام الصلاة والزكاة

---

(٢٦) المنهاج : ٣٠٥/٢ .

(٢٧) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي : ٣٢٢/١ .

وكالعادات التي بنى الشارع عليها أحكاما كأقل الحيض وأكثره ،على ما سوف نبينه في حينه .

٥- الإجماع ملزم لكل من أتى بعد عصر المجمعين خلافا للبعض ، فإجماع أهل المدينة خاص بهم ، وإجماع آل البيت خاص بالشيعة ، أما العرف فمنه ما هو عام ، ومنه ما هو خاص بإقليم أو أهل حرفة ، أو طائفة من الناس فلا يكون ملزما إلا لمن تعارفوا عليه فقط .

٦-الإجماع ملزم لكل العصور التالية لعصر المجمعين ؛ اللهم إلا إذا كان إجماعا مستندا إلى عرف أو مصلحة فإنه يتغير بتغير العرف أو المصلحة .

أما العرف فمنه ما هو ثابت لا يتغير كإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، فهو ملزم لكل العصور ، ومنه ما هو متغير فلا يكون ملزما إلا لمن تعارفوا عليه ، وذلك كاعتبار كشف الرأس مسقطا للعدالة .

٧- يتحقق الإجماع في المسألة بمجرد الإتفاق خلافا لمن يشترط انقراض المجمعين ، أما العرف فإنه لا يتحقق إلا إذا استمر واطرد وشعر الناس بإلزامه ، وينبني على ذلك أنه إذا تحقق الإجماع حسمت المسألة فلا مجال للإجتهاد فيها بعد ذلك اللهم إلا إذا كان الإجماع مبنيا على عرف أو مصلحة .

أما مع وجود العرف فإنه يصح الاجتهاد في المسألة ، وإن لزم مراعاة العرف فيما لا نص ولا إجماع فيه .

٨- لا بد للمجمعين من مستند يستندون إليه في اتفاقهم ، وهذا المستند قد يكون قرآنا أو سنة ، أو غير ذلك من مصادر التشريع ، أما العرف فهو أمر مستقر تلقته الطباع السليمة بالقبول .

الشروط الواجب توافرها فى العرف

إشترط فقهاء الشريعة الإسلامية عدة شروط للعمل بالعرف نذكرها فيما يلي ، مع ملاحظة أن هذه الشروط إنما هي خاصة بعرف الناس فقط :

الشرط الأول –

أن يكون العرف مطردا أو غالبا :

إشترط الفقهاء أن يكون العرف مطردا أو غالبا ، ولقد عبر بعضهم عن هذا الشرط بقوله : « إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت(٢٨)، ومعنى كونه مطردا أن يستمر العمل به في جميع الحوادث أو أغلبها بين الذين تعارفوه ، فإذا اضطرب العمل به ولم يكن مطردا ، أو غالبا فلا عبرة به ، ولا يقدح في اعتباره ترك العمل به في بعض الوقائع القليلة .

ويعبر بعضهم عن هذا الشرط بالعموم ، فيقال يشترط في العرف أن يكون عاما أي شائعا مستفيضا بين من تعارفوه . ولهذا يشترط فيه أن يكون مطردا أو غالبا في جميع البلاد إذا كان العرف عاما ، فإذا كان خاصا بإقليم من الأقاليم فيشترط إطراده فيه ، فإذا كان خاصا بأهل مهنة أو حرفة فيشترط أن يكون غالبا بينهم . وعلى هذا فمن باع شيئا وأطلق الثمن فإنه يعتبر نقد البلد الذي حصل فيه البيع .

فإذا كان العرف مضطربا على معنى أنه يعمل به في بعض الحوادث دون بعض، أو في زمن دون آخر فلا يعتد به ، فإذا جرت العادة مثلا بأن تأثيث بيت الزوجية على المرأة إلا أن هذه العادة مضطربة ، إذ توجد عادة أخرى نقيضها وهي أن تأثيث البيت على الزوج فحينئذ نكون بين عادتين مضطربتين ، فلا نستطيع أن نحكم إحداهما عند التنازع بين الزوجين إلا لمن شهدت له القرائن ، كأن يقدم أحد الزوجين ما يثبت دعواه ؛ وذلك لأن العادة مضطربة فلا يجوز تحكيمها . وهذا ما يسميه الفقهاء بالعرف المشترك ويعنون به وجود عرفين متناقضين في بلد واحد ، والترجيح بينهما إنما يكون بالأدلة والقرائن .

---

(٢٨) راجع هذا المعنى في الأشباه والنظائر للسيوطي : ٩٢ ؛ والأشباه لابن نجيم : ٩٤ .

وقد يقال في المثال السابق : إنه لا اعتداد بكلا العرفين المتناقضين ، ونعود للأصل ، والأصل هنا أن التأثيث على الزوج فنحكم له إلا إذا أثبتت الزوجة أنها مالكة للأثاث أي أن عـبء الإثبات يقع على الزوجة عملا بالأصل .

الشرط الثاني –

أن يكون العرف قائما وقت إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه :

ويعبر البعض عن هذا الشرط بقوله : العرف الذي تحمل عليه الألفاظ هو المقارن السابق دون المتأخر(٢٩). وبديهي أن هذا الشرط إنما هو في العرف المتغير وليس في العرف الثابت . ويعني هذا الشرط أن يكون العرف سابقا على التصرف ومقارنا له . وعلى ذلك فلا عبرة بالعرف الذي يطرأ بعد إنشاء تصرف ما إذ التصرف سابق على هذا العرف ، والعرف إنما يؤثر فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله . وكذلك لا عبرة بالعرف الذي انقضى قبل إنشاء التصرف وحل محله عرف جديد .

فالعبرة بالعرف السابق على إنشاء التصرف شريطة أن يكون ذلك العرف مستمرا أثناء هذا التصرف أي أن يكون التصرف مقارنا لذلك العرف .

فلو أن شخصا وقف عقارا على العلماء وكان المتعارف عليه وقت إنشاء التصرف إطلاق لفظ العلماء على علماء الشريعة الإسلامية ، ثم تغير هذا العرف بعد ذلك وأصبح لفظ العلماء يطلق على المتخصصين في المعارف الأخرى كالرياضيات والطب والكيمياء .. الخ فإذا أريد توزيع ريع الوقف ، فإن وثيقة الوقف إنما تفسر بالعرف الذي كان موجودا أثناء إنشائها ولا عبرة بالعرف الطارىء ، وهكذا أي تصرف من التصرفات إنما يراعي فيه العرف القائم وقت إنشاء هذا التصرف ؛ لأنه هو الذي انصرفت إليه إرادة صاحب التصرف .

---

(٢٩) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ١٠١ ، وانظر أيضا الأشباه والنظائر للسيوطي : ٩٦ .

ولو أن عرفا كان قائما في بلد ما وكان هذا العرف يقضي بأن تأثيث بيت الزوجية على الزوجة ، ثم تغير هذا العرف وأصبح التأثيث على الزوج ، وحدث أن تزوج رجل بامرأة بعد قيام العرف الجديد وحصل بينهما تنازع حول أثاث البيت ، فإنه لا عبرة بالعرف الذي انقضى قبل العقد وإنما العبرة بالعرف الذي كان موجودا أثناء العقد .

ورعاية لهذا الشرط يجب أن تفسر وثائق العقود من أنكحة وأوقاف ووصايا وبيوع وهبات وإجارات وغير ذلك من العقود على الأعراف التي كانت قائمة وقت إنشاء هذه التصرفات .

الشرط الثالث (٣٠)

ألا يعارض العرف نص بخلافه :

إشترط العلماء في العرف ألا يوجد تصريح من المتعاقدين بخلاف مضمون العرف، فإذا صرح المتعاقدان بخلاف ما جرى عليه العرف، فإنه يعمل بما اتفقا عليه، ولا عبرة بالعرف، وذلك لأن اللجوء إلى العرف إنما يكون عند عدم النص، وانعدام ما يفيد غرض المتعاقدين صراحة، فإذا علم المقصود صراحة فلا حاجة للعرف .

ومن هذا يتضح لنا أن دلالة العرف أضعف من دلالة النص ولهذا نجد الفقهاء يقرون قاعدة مؤداها أنه : « لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح » ، والعرف إنما قصد به الدلالة على غرض المتعاقدين ؛ فإذا علم الغرض صراحة فلا احتياج للعرف . فلو كان هناك عرف يقضي بأن نفقات تسليم المبيع وأجرة الشحن وتغليف البضاعة على المشتري ، لكن اتفق المتعاقدان على خلاف ذلك فقررا أن تلك النفقات تكون على البائع ، فيعمل بهذا الاتفاق ولا عبرة بالعرف .

وكذلك إذا كان العرف يقضي بأن تكون مصاريف تسجيل العقد على المشتري ، واتفق العاقدان على أنها على البائع ، فيعمل بهذا الاتفاق ولا عبرة بالعرف .

---

(٣٠) راجع هذا الشرط في قواعد العز بن عبد السلام : ١٥٨/٢ .

وكذلك إذا كان العرف في الزواج بتأجيل بعض المهر واتفق المتعاقدان على التعجيل ، فالعرف حينئذ لا يحكم ويعتبر ما بينهما من إتفاق .

وهكذا في كل تصرف صرح فيه المتعاقدان على خلاف ما تعارف عليه الناس فإنه يعمل بالاتفاق ولا عبرة بالعرف ، وإنما يعمل بالعرف في حالة سكوت المتعاقدين، فيكون العرف مفسرا لسكوتهما مبينا لإرادتهما ، قاضيا على ما بينهما من تصرف .

الشرط الرابع

ألا يكون العرف مخالفا لنص شرعي :

يشترط العلماء في العرف ألا يكون مخالفا لنص من القرآن أو السنة فإذا كان ما تعارف عليه الناس مخالفا للقرآن أو السنة فإنه لا يعتد به ، بل يعتبر عرفا فاسدا ، كأن يتعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر والخروج بملابس البحر على الشواطىء ، وما الى ذلك من عادات وأعراف خالفت الأدلة الشرعية فهي اعراف فاسدة . وما ذلك إلا لأن النص الشرعي هو الذي أعطى للعرف قوته الملزمة ، وبالتالي فإن له أن يلغيه ، وليس للعرف هذه المنزلة ، ومن جهة أخرى فإن النص عام لا يختص بزمن دون آخر ، ولا بمكان دون آخر بخلاف العرف فقد يتغير بتغير الزمان أوالمكان ؛ لهذا يشترط فيه ألا يخالف النص . ثم إن العرف لا يكون حجة إلا على الذين تعارفوه بإرادتهم ، والنص حجة على الجميع رضوا أم أبوا طالما اتخذوا الإسلام دينا .

اما إن لم يخالف العرف أدلة الشرع بأن تكون المسائل التي تعارف عليها الناس لا نص فيها ، أو فيها نص ، ولكن العرف لم يصطدم به ففي هذه الحالة لا يكون العرف فاسدا ، بل هو معتبر وذلك كتعارف الناس على خطط سياسية وأنظمة قضائية وعادات تجارية .

ولكن يجب أن نلاحظ أن النص إذا كان معللا بالعرف ، فإن الحكم في هذه الحالة يدور معه وجودا وعدما ، وفي هذه الحالة لا يقال إن العرف قد خالف

النص ، ومثال ذلك ما يراه بعض الحنفية من أن العلة في الأشياء الأربعة : البر والشعير والتمر والملح والتي نص عليها الرسول في حديث الربا إنما هي معللة عندهم – أعني الأحناف – بالكيل ، فإذا تغير المعيار فأصبحت هذه الأشياء توزن بعد أن كانت تكال إذ تغير العرف الذي كان موجودا زمن الرسول صلى الله عليه وسلم فوجب أن يتغير المعيار تبعا لتغير العرف ، فتصبح المساواة بالوزن ولا يقال حينئذ إن العرف قد خالف النص ، إذ نص الحديث على أن هذه الأشياء تكال في زمن الرسول ثم تغير العرف فأصبحت توزن ؛ لهذا جعلنا العلة هي الوزن وليس الكيل ، لا يقال هذا لأن الحكم أصلا معلل بالعرف فيتغير الحكم بتغيره وهذا ما يراه أبو يوسف من الحنفية (٣١) . وفي الحقيقة أن الحكم لم يتغير وأن الذي تغير هو المعيار الذي يعرف به المساواة وحكم الربا باق .

هذا ويرى البعض أن العرف يجوز له أن يخالف النص من بعض الوجوه لا من كلها(٣٢) فاذا كان مخالفا من كل الوجوه اعتبر باطــلا ، أما إذا عارضه من بعض الوجوه فيعمل به ويكون مخصصا لعامه أو مقيدا لمطلقه .

ويمثلون للعرف المخصص بالإستصناع فقد جاء هذا العرف مخالفا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام: "لا تبع ما ليس عندك "(٣٣) ، فهذا الحديث يدل على تحريم بيع ما ليس عند الإنسان ، والاستصناع يصدق عليه أنه بيع ما ليس عند الإنسان .

إذ أن الشيء المراد صناعته لا يوجد إلا بعد العقد ، فهو أثناء العقد غير موجود ، فطبقا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم يكون الاستصناع

---

(٣١) العرف والعادة في رأي الفقهاء ، أ.د. أحمد فهمي أبو سنة: ٦٢ .

(٣٢) رسائل ابن عابدين : رسالة نشر العرف : ١٢٩/٢ .

(٣٣) نيل الأوطار : ٢٥٢/٥ . والحديث رواه الخمسة وكذلك رواه ابن حبان وقال عنه الترمذي حديث حسن صحيح .

محرما، لكن لما تعارف عليه الناس إعتبر وصار العرف مخصصا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ومثال تقييد العرف لمطلق النص : ما تعارف عليه الناس من عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك فهذا العرف يقيد المطلق الوارد في قول الله تبارك وتعالى : (لتأكلوا منه لحما طريا) (٣٤) فأطلق الله تعالى لفظ اللحم وأراد به السمك، والناس لا يطلقون على السمك لحما ، وهنا تعارض العرف مع النص ، فلو حلف شخص ألا يأكل لحما فأكل سمكا فإنه لا يحنث بحسب عرف الناس .

وهكذا يذهب البعض فيرى أن العرف له أن يخصص عام القرآن ويقيد مطلقه ، ونرى أن العرف ليس له هذه المنزلة ، فكلام البشر ولو كانوا مجتمعين لا يقوى على مخالفة نص قرآني أو نبوي. ثم إن الإستصناع قبل الإسلام، فقد تعارف العرب صناعة السيوف مثلا وسكوت الرسول صلى الله عليه وسلم يعتبر إقرارا للإستصناع وعلى هذا يكون إقرار الرسول صلى الله عليه وسلم هو الذي خصص النص الذي يحرم بيع ما ليس عند الإنسان ، فتكون سنة خصصت سنة وليس عرفا خصص نصا .

وأما المثال الثاني فليس فيه تقييد لمطلق القرآن ، والعرف هنا إنما بين إرادة الحالف من حلفه ، ولا علاقة بين قول القائل : « والله لا آكل لحما » وبين قول الله تعالى : (لتأكلوا منه لحما طريا) فالآية تبين منن الله على عباده ، وكلام الحالف يمين لم يظهر المراد منه فكان العرف مبينا لمراده ، فالتقييد في كلام الحالف وليس في النص القرآني .

وكيف للعرف أن يخصص النص القرآني أو النبوي وهو أضعف من إرادة المتعاقدين ، ألا ترى أن العلماء قد اشترطوا في العرف ألا يصرح المتعاقدان بخلافه ، ويعني هذا أن المتعاقدين لهما أن يخالفا العرف ، فهو إذا أضعف من

---

(٣٤) النحل : ١٤ .

إرادتهما ، وأي متعاقدين لا يستطيعان أن يخالفا نصا ، وبالتالي فليس للعرف قوة التخصيص أو التقييد .

هذا من ناحية أخرى ، فإن أصحاب القول بتخصيص العرف لعام القرآن وتقييده لمطلقه هم بعض الحنفية ، وكيف يقولون هذا وهم الذين يرون أن عام القرآن لا يخصص بخبر الواحد إلا إذا سبق أن خص بدليل آخر (٣٥) فإذا كان خبر الواحد وهو سنة لا يقوى على تخصيص عموم القرآن ، فكيف للعرف وهو من عمل الناس أن يخصص ما هو من عمل الله تعالى ؟ !

إن العرف الذي له هذه المنزلة ينبغي أن يكون العرف القائم أثناء التنزيل فقط يعني أن يأمرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وحينئذ يكون سكوت الرسول صلى الله عليه وسلم إقرارا منه عليه السلام بصحة العمل بهذا العرف ، فيكون سنة تقريرية وعندئذ نكون أمام نص خصص نصا أو قيده كما في مثال الاستصناع . أما العرف الطارئ فلا عبرة به إذا اصطدم مع النص ، اللهم إلا أن يكون الحكم معللا بالعرف فحينئذ يدور الحكم معه وجودا وعدما فيتغير بتغيره .كما مثلنا بجعل الكيل أو الوزن معيارا للتساوي في حديث الربا ، فإن الأصناف الأربعة : البر والشعير والملح والتمر ، كانت تكال أيام الرسول صلى الله عليه وسلم ، فتغير العرف وأصبحت توزن فتكون العلة عند الحنفية هي الوزن وليس الكيل ، وإن نص الحديث على الكيل وليس في هذا تغيير للنص . ومعنى هذا أن ما يكال تكون العلة فيه الكيل وما يوزن تكون العلة فيه الوزن ويترك ذلك للعرف .

تقسيمات العرف

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية العرف أقساما عدة باعتبارات مختلفة ؛ فينقسم باعتبار من يصدر عنه إلى : عرف الشارع وعرف الناس ، وباعتبار سببه إلى : عرف قولي وعملي ، وباعتبار شيوعه إلى : عام وخاص ، وباعتبار وقوعه في

---

(٣٥) التلويح على التوضيح : ١/٤٠ .

الحياة إلى عرف ثابت وآخر متغير ، وباعتبار ملائمته لقواعد الشرع إلى : صحيح وفاسد . وهذه الأقسام هي :

التقسيم الأول :

ينقسم العرف باعتبار من يصدر عنه إلى نوعين : هما عرف الشارع وعرف الناس .

النوع الأول عرف الشارع :

وهو العرف الذي أطلقه الشارع مريدا منه معنى خاصا خلاف معناه الموضوع له لغة كألفاظ الصلاة والحج والزكاة والوقف ؛ فالصلاة : في أصل اللغة الدعاء ، ولكن الشارع استعمله في العبادة الخاصة التي هي أقوال وأفعال مخصوصة مبتدأة بالتكبير ، مختتمة بالتسليم ، والحج : لغة القصد وفي الشرع قصد بيت الله الحرام في أوقات مخصوصة وبأفعال وأقوال معلومة ، والزكاة لغة النماء وفي الشرع مال مخصوص مدفوع حقا معلوما للفقراء والمساكين ، والوقف في اللغة الحبس ، وفي الشرع حبس العين والتصدق بمنفعتها .

وقد اختلف في هذا الاستعمال هل هو استعمال حقيقي كما قالت المعتزلة أو هو استعمال مجازي كما هو اختيار إمام الحرمين والبيضاوي لوجود علاقة بين المعنى اللغوي والشرعي ، فإذا كان معنى الصلاة الدعاء فالدعاء جزء من المعنى الشرعي تسمية للشيء باسم بعضه ثم اشتهر هذا الإطلاق حتى أصبح حقيقة عرفية (٣٦) .

هذا ويرى القاضي أبو بكر الباقلاني أن هذه الألفاظ لم تنقل من معانيها اللغوية وإنما هي مستعملة في معانيها اللغوية الحقيقية فالصلاة هي الدعـــاء ، والمسمى بها في الشرع دعاء يشترط فيه أقوال وأفعال مخصوصة ، وهكذا سائر

---

(٣٦) البرهان : ١٧٤/١ ؛ المنهاج للبيضاوي وشرحه ؛ نهاية السول للأسنوي : ٢٤٩/١ وما بعدها ؛ المستصفى للغزالي : ٣٢٦/١ وما بعدها .

الألفاظ وهو غير سديد لأن الركوع والسجود أركان في الصلاة وليست بشروط . ثم إن لفظ الصلاة لم يكن مستعملا في اللغة لمجموع الأفعال الشرعية من قيام وركوع وسجود وقراءة ثم صار إسما لمجموعها عن طريق الشرع(٣٧) بحيث إذا أطلق انصرف إليه ، وبحيث إذا قيل : فلان في الصلاة ، أو فلان خرج من الصلاة فهم منه الأفعال المخصوصة .

وقد يرى البعض أن عرف الشارع هو جميع الأحكام المنصوص عليها في القرآن والسنة ، ويوضحه تفسير بعض العلماء العرف الوارد في قول الله تعالى: (خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين) (٣٨)، فقد فسره النيسابوري بالدين الحق(٣٩) وفسره ابن جرير الطبري بكل ما أمر الله به من الأعمال أو ندب إليه (٤٠) .

النوع الثاني – عرف الناس :

والمقصود به العادات التي أنشأها الناس وألفوها وتلقتها طباعهم السليمة بالقبول من قول أو فعل كإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، وإطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع خاصة ، وكبيع المعاطاة والجلوس في الأندية والمقاهي وما إلى ذلك من أقوال وأفعال اعتاد عليها الناس في سلوكهم .

وهذا النوع هو الذي ينقسم بحسب سببه إلى : عرف قولي وآخر عملي .

العرف المدون وغير المدون :

قبل أن نبين العرف القولي والعملي ، ينبغي أن نشير إلى أن التقسيم السابق

---

(٣٧) المعتمد لأبي الحسين البصري : ١/١٨، ١٩، ٢٠ .

(٣٨) الأعراف : ١٩٩ .

(٣٩) غرائب القرآن ورغائب الفرقان ، هامش جامع البيان : ٩/١٠٥ .

(٤٠) جامع البيان في تفسير القرآن : ٩/١٠٤ ، ١٠٥ .

يمكن أن نطلق عليه إسما آخر باعتبار التدوين وعدمه فنقسمه إلى قسمين هما : العرف المدون والعرف غير المدون .

أما العرف المدون فهو عرف الشارع ، وهو الألفاظ التي استعملها المشرع في النصوص وأراد بها معنى غير معانيها اللغوية كألفاظ الصلاة والحج والزكاة وما إلى ذلك من الألفاظ التي نقلت من معانيها اللغوية إلى أخرى شرعية .

كقول الله تعالى : (**أقيموا الصلاة ، وآتوا الزكاة**) (٤١) .

وكقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا » (٤٢) فكل ذلك نصوص شرعية وردت فيها الأعراف الشرعية .

وأما العرف غير المدون فهو ما تعارف عليه الناس فيما بينهم من أقوال ، وأفعال واستقرت في نفوسهم من جهة العقول ، وقبلتها طباعهم السليمة ، وكانوا هم مصدره كإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، وكبيع المعاطاة وغير ذلك من أقوال وأفعال صادرة عنهم وكانوا هم مصدرها لا المشرع .

وجدير بالذكر أن هذا التقسيم عند علماء الشريعة الإسلامية فقط أما علماء القانون الوضعي فيرون أن العرف هو ما صدر عن الناس من أقوال وأفعال ولم تكن مدونة في نصوص تشريعية ، فالعرف عندهم مقابل للتقنين ولذا نراهم يبحثون في الموازنة بين العرف وبين التشريع ، فيجعلون مميزات التشريع تقابل عيوب العرف ، وعيوب التشريع تقابل مميزات العرف ؛ لذا وجب الجمع بين العرف والتشريع لتستقيم الحياة القانونية في المجتمع(٤٣) .

---

(٤١) البقرة : الآيات ٤٣ ، ٨٣ ، ١١٠ والنساء : الآية ٧٧ .

(٤٢) رواه أحمد والنسائي ومسلم ، ورواه أبو داود وابن ماجه والبيهقي برواية أخرى وصححه الحاكم . نيل الأوطار : ٢/٥ .

(٤٣) إن القواعد المكتوبة قد تصبح غير ملائمة لظروف المجتمع وإن كانت ملائمة وقت وضعها ، بينما العرف يتميز بأنه اصدق تعبيرا عما يرتضيه المجتمع ، ويأتي ملائما لظروف المجتمع ، =

ولا يتعرض رجال الشريعة الإسلامية للموازنة بين التشريع والعرف غير المكتوب نظرا لأن التشريع من عمل الله تعالى، والعرف غير المكتوب، وهو سبحانه أعلم بخلقه من أنفسهم يقول الحق تبارك وتعالى: **(ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير)**(٤٤) .

وجدير بالذكر أن عرف الشارع ثابت ومستقر لا يتغير ولا يتحول ، أما عرف الناس فمنه ما هو ثابت ، ومنه ما هو متغير على ما سوف نبينه في موضعه .

العرف القولي والعملي :

مما سبق يتبين لنا أن عرف الشارع إنما هو عرف قولي ، أما عرف الناس فينقسم إلى قولي وعملي .

العرف القولي :

أما العرف القولي فهو ما تعارف عليه الناس من إرادة معنى من لفظ ما غير تمام المعنى الموضوع له لغة ، بحيث إذا أطلق هذا اللفظ انصرف إليه من غير حاجة إلى قرينة وهو نوعان :

= ويتغير تبعا لتغير هذه الظروف ، فضلا عن أنه غير مفروض على الجماعة . ومن جهة أخرى فإن العرف يعتبر أداة بطيئة لإنتاج القاعدة القانونية ، وهذا البطء لا يلائم المجتمعات الحديثة . ونظرا إلى أن العرف يتكون بإرادة جماعية فإنه لا يتبنى الأفكار الجديدة التي قد يرى المصلحون فيها خيرا للجماعة ، اللهم إلا إذا انتظرنا إلى أن تسيطر هذه الأفكار على غالبية أفراد المجتمع ، بينما التقنين على خلاف ذلك . وأكثر من هذا فإن التقنين يعمل على وحدة القواعد القانونية في الدولة بينما العرف قد يساعد على تعدد النظم القانونية نظرا لكون أغلبه عرفا محليا ، ثم إن القواعد المكتوبة أسهل في مراجعتها من الأخرى . راجع نظرية القانون أ.د. منصور مصطفى منصور : ١٤٠ وما بعدها .

(٤٤) الملك : ١٤ .

١- ما تعارف الناس عليه من إرادة بعض أفراد المعنى المدلول للفظ كتعارفهم على إطلاق لفظ الولد على الذكر فقط دون الأنثى ، مع أن اللفظ يتناول النوعين ، كما في قول الله تعالى : (**يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين**) (٤٥) .

وكإطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع فقط ، مع أن الأصل أنها موضوعة لكل ما يدب على الأرض ، كما في قول الله تعالى :(**وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها**) (٤٦) .

وكإطلاق لفظ المتكلم على العالم بعلم التوحيد « علم الكلام » مع أن اللفظ موضوع لكل متكلم ، ومثله إطلاق لفظ الفقيه على من عنده ملكة استنباط الأحكام من النصوص ، مع أن اللفظ موضوع لكل من يفهم ، كما في قول الله تعالى : (**فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثا**) (٤٧) .

ومنه أيضا عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع أن القرآن سماه لحما يقول الحق تبارك وتعالى : (**ومن كل تأكلون لحما طريا**) (٤٨) .

وعدم إطلاق لفظ بيت على المساجد مع أن القرآن سماها كذلك (**في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه**) (٤٩) .

---

(٤٥) النساء : ١١ .

(٤٦) هود : ٦ .

(٤٧) النساء : ٧٨ .

(٤٨) فاطر : ١٢ .

(٤٩) النور : ٣٦ .

٢- أن يصير اللفظ شائعا في غير ما وضع له أولا ، بل فيما هو جائز فيه ويشيع هذا المجاز حتى يصير حقيقة عرفية كلفظ الغائط فهو في اللغة المنخفض من الأرض واستعمل في البراز ، ولفظ العذرة فإنه في اللغة البناء الذي يستتر به وتقضي الحاجة من ورائه لكنه شاع استعماله في البراز أيضا وصار أصل الوضع منسيا والمجاز معروفا سابقا إلى الفهم بعرف الاستعمال (٥٠) .

العرف العملي :

وهو ما جرى عليه عمل الناس ، واعتادوه في سلوكهم ، كالأكل من الثمر الساقط في البستان ، والأكل من الطعام المقدم له ضيافة بلا صريح إذن ، وكبيع المعاطاة من غير صيغة لفظية والجلوس في المقاهي والأندية من غير تحديد مدة المكث .

وكذلك ما تعارفوا عليه فيما لا نص فيه من الأموال الربوية من كونه يكال أو يوزن (٥١) وكتعارف بعض الناس على أن يكون صداق المرأة بعضه معجلا والآخر مؤجلا ، أو أن لا تزف المرأة إلا إذا قبضت كامل مهرها ، وما إلى ذلك مما اعتاده الناس في عاداتهم ومعاملاتهم .

أقسام العرف بحسب شيوعه :

ينقسم عرف الناس بحسب شيوعه وانتشاره إلى : عرف عام وعرف خاص .

١- العرف العام :

وهو ما اعتاد عليه أهل البلاد الإسلامية سواء أكان ذلك في كل العصور كاعتبارهم إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، وكبيع المعاطاة ، أو في عصر من العصور ككشف الرأس اعتبر في بعض العصور مسقطا للعدالة وفي بعضها

---

(٥٠) المستصفى : ٣٢٦/١ ؛ المعجم الوسيط : ٦٦٦/٢ .

(٥١) يرى بعض الأحناف أن ما نص فيه أيضا قد يتغير فيه العرف فما كان يكال أصبح الآن يوزن فيكون معيار التساوي هو الوزن وليس الكيل وكذلك العكس . وقد سبق بيان ذلك .

الآخر ليس كذلك ، ويسمى الأول بالعرف الثابت والأخير بالمتغير ويعرف الأول بالإستقراء وسوف نوضح هذا في تقسيم خاص .

٢- العرف الخاص :

وهو ما كان خاصا بإقليم من الأقاليم ، أو فئة من الناس دون الأخرى كتعارف التجار على إثبات الديون التي تكون لهم أو عليهم في دفاتر خاصة ، وكتعارف تجار الجملة على بيع المائة رطل مائة وعشرين .

ومن هذا القبيل المصطلحات الخاصة بكل فن من الفنون ، أو علم من العلوم كالإصطلاحات الفقهية كألفاظ الوقف والفرض والواجب .

أقسام العرف بحسب اعتبار الشارع :

ينقسم العرف بحسب هذا الاعتبار إلى : عرف معتبر وآخر ملغي ثم مسكوت عنه ، يقول صاحب الموافقات : « العوائد المستمرة ضربان : أحدهما العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها ، ومعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجابا أو ندبا ، أو نهى عنها كراهة أو تحريما ، أو أذن فيها فعلا وتركا ، والضرب الثاني العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي »(٥٢) .

ويفهم منه أن العوائد تنقسم ثلاثة أقسام هي :

١- العرف المعتبر :

وهو العرف الذي أقره الشرع ، كأن يأتي الحكم على وفقه ، أو يأمر به أمر إيجاب أو أمر ندب أو سكت عنه ومثال ذلك : الأعراف التي كانت موجودة قبل الإسلام ولم يلغها نص كفرض الدية على العاقلة ، واعتبار العصبة في الولاية والإرث ، وكبيع السلم .

---

(٥٢) الموافقات : ٢/٢٠٩ .

ومن الأعراف المعتبرة ، تلك الأعراف التي أحال عليها النص القرآني أو النبوي فيجب العمل بها ، من ذلك تقدير قيمة النفقة كما في قول الله تعالى :

(وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)(٥٣)، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم لهند زوج أبي سفيان : عندما شكت إليه شح زوجها :

« خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » (٥٤) .

ومنه أيضا الأعراف التي تكون مناطا لحكم شرعي كالحيض كما في قول الله تعالى: **(والمطلقات يتربص بأنفسهن ثلاثة قروء)** (٥٥)، وكذلك النفاس والبلوغ والخارج من السبيلين وما الى ذلك من عادات اعتبرها المشرع مناطا لأحكام شرعية .

٢- العرف الملغي :

وهو ذلك العرف الذي ألغاه الشارع بأن بنى الأحكام على خلافه أو نهي عنه كراهة أو تحريما . وذلك كنكاح الشغار الذي كان معروفا في الجاهلية ، والطواف بالبيت على عري ، وشرب الخمر ، ولعب الميسر ، وأكل الربا وما إلى ذلك من أحكام بنيت على عادات نهى الشارع عنها .

هذا والأحكام التي بنيت على هذين النوعين ، تعتبر أحكاما ثابتة لا تتغير ولا تتبدل فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع ، وثابتة وبنصوصه ، فلا تبديل لها . ولا يصح - كما يقول الشاطبي - لان ينقلب الحسن فيها قبيحا ، ولا القبيح حسنا حتى يقال : إن كشف العورة الآن - على الشواطىء مثلا - ليس بعيب ولا قبيح فلنجزه ، إذ لو صح هذا لكان نسخا للأحكام المستقرة المستمرة ،

---

(٥٣) البقرة : ٢٣٣ .

(٥٤) رواه الجماعة إلا الترمذي ، راجع نيل الأوطار : ١٣١/٧ .

(٥٥) البقرة : ٢٢٨ .

والنسخ بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم باطل فتغيير العوائد الشرعية باطل(٥٦).

٣- العرف المسكوت عنه :

وهو العرف الذي لم يرد باعتباره أو إلغائه دليل من الشرع ، وهو نوعان :

١- عرف صحيح : وهو ما اعتاد عليه الناس من أقوال أو أفعال مما لم يصطدم بنص من النصوص الشرعية ، أو قاعدة من قواعد الشرع ، أو بمعنى آخر هو الذي تحققت فيه الشروط التي يجب توافرها في العرف ، والسابق الحديث عنها . وذلك كالمصطلحات التي يستعملها أرباب المهن والحرف كاصطلاح تجارالجملة على بيع المائة رطل مائة وعشرين مثلا ، وكإطلاق لفظ العيش على الخبز في مصر وإطلاقه على الأرز في دول الخليج العربي .

فلو أن مصريا قال : والله لا آكل عيشا فأكل خبزا فإنه يحنث أما إذا أكل أرزا فإنه لا يحنث بخلاف ما لو قال هذا خليجي . فإنه يعتبر عرفه .

٢- العرف الفاسد : وهو ما اعتاد عليه بعض الناس من أقوال أو أفعال مما يصطدم بالقواعد العامة للشريعة الإسلامية وذلك كألعاب العنف من مصارعة حرة وملاكمة .

هذا وقد يطلق العرف الفاسد على الأعراف الملغاة وهي التي تصطدم بنص من نصوص الشريعة كالخروج بملابس البحر على الشواطىء .

تقسيم العرف باعتبار دوامه :

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى : عرف مستقر ثابت وآخر متغير.

---

(٥٦) الموافقات : ٢/٢٠٩ .

١- العرف الثابت :

ويقصد بالثبات الإستقرار والدوام ، وقد أشرنا من قبل إلى أن عرف الشارع ثابت ومستقر إذ لا يلحقه نسخ بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم. أما عرف الناس فقد يكون ثابتا وقد يكون متغيرا .

وعرف الناس الثابت ما استقر عليه العمل في جميع الأعصار من أقوال أو أفعال كإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، وعدم إطلاق لفظ بيت على المساجد مع أنها بيوت الله تعالى ، وكبيع المعاطاة والجلوس في الأندية والمقاهي من غير تحديد مدة ، ويعرف الثابت بالإستقراء والتتبع .

٢- العرف المتغير :

وهو الذي يتبدل ويتغير وكان سببا لحكم شرعي ، فيختلف الحكم ويتغير بتغيره سواء أكان العرف قولا أو فعلا .

ومثاله في الأفعال ما يتبدل من حسن إلى قبيح وبالعكس مثل كشف الرأس بالنسبة للرجل فإنه يختلف باختلاف الأماكن والأزمنة فهو لذوي المروءات قبيح في بعض الأزمنة أو الأمكنة ، فيكون مسقطا للعدالة ، وغير قبيح في الأخرى فلا يعد قادحا في العدالة (٥٧) .

ومثاله أيضا قبض الصداق قبل الدخول ، أو جعل بعضه معجلا والبعض الآخر مؤجلا ، فإنه يختلف بحسب البقاع والزمان .

وقد يكون الفعل المعتاد خارجا عن قدرة المكلف كالخارج من السبيلين فهو ينقض الوضوء ولكن إذا أجريت لشخص ما عملية جراحية بسبب مرض ما فتغير مجرى البول والبراز ، فإن نقض الوضوء يكون بالخارج من المجرى الجديد تبعا لتغير العادة .

---

(٥٧) الموافقات : ٢/٢٠٩ ، ٢١٠ .

ومثاله في الأقوال ما يختلف في التعبير عن المقاصد فتنصرف العبارة من معنى لآخر بحسب المكان كاستعمال لفظ « العيش » في الأرز في بلاد الخليج العربي ، واستعماله في الخبز في بلاد مصر ، وقد يختلف المعنى باختلاف أهل الصنائع أو الحرف مع جمهور الناس فيحمل كلام كل طائفة على ما اعتادت عليه.

العلاقة بين النص الشرعي والعرف

إن من يتتبع النصوص الشرعية من قرآن أو سنة يجد أن علاقة العرف بها تتخذ صورا شتى منها :

الصورة الأولى :

أن يحيل النص على العمل بعرف الناس صراحة أو ضمنا .

١- النص الصريح :

والمقصود بالنص الصريح هو أن يوجد في النص القرآني أو النبوي لفظ العرف أو ما يشتق منه ، فنفهم أن النص قد أحال على العمل بالعرف وذلك كما في النصوص التالية :

١- قول الله تبارك وتعالى : **(والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)** (٥٨) .

فلفظ « المعروف » الوارد في الآية مشتق من « العرف » وهو يدل على أن الواجب على الوالد من النفقة والكسوة يكون على قدر حاله في إعساره ويساره ؛ إذ ليس من المعروف إلزام المعسر أكثر مما يقدر عليه ، وليس من المعقول أن

---

(٥٨) البقرة : ٢٣٣ .

يقصر الرجل فيدفع أقل من مقدار النفقة التي اعتاد عليها وهو موسر ، فأحالت الآية على العمل بالعرف منعا للتنازع بينهما (٥٩) .

٢- ومثل النص السابق قول الرسول صلى الله عليه وسلم لهند زوج أبي سفيان حينما اشتكت إليه بخل زوجها بالنفقة : « خذي من مال سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف »(٦٠) فقد أحال الرسول صلى الله عليه وسلم تقدير النفقة لها ولولدها على العرف .

٣- قول الله تعالى : **(ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف)**(٦١)، فقد أشار هذا النص الكريم إلى أن أساس تقدير الحقوق والواجبات بين الزوجين هو ما تعارف عليه الناس .

٤- قول الله تعالى : **(وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ، ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا ، ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف)** (٦٢) .

لقد بين هذا النص أن الوصي إذا كان فقيرا جاز له أن يأكل من مال اليتيم الذي يتولى هو رعايته ، ورعاية أمواله ، ولقد أحال النص على العمل بالعرف حتى لا يظلم اليتيم .

٢- النص غير الصريح :

ويقصد بذلك أن يحيل النص على العمل بالعرف ، بلفظ غير صريح ، أعني ألا

---

(٥٩) أحكام القرآن لابن العربي : ٤٠٢/١ ؛ وأحكام القرآن للجصاص : ٤٠٤/١ .

(٦٠) رواه النسائي وابن ماجة والدارمي المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي : ٢٧/١ .

(٦١) البقرة : ٢٢٨ .

(٦٢) النساء : ٦ .

يوجد في النص لفظ العرف أو أحد مشتقاته ، ولكن يفهم منه العمل بالعرف كالأمثلة الآتية :

١- قول الله تبارك وتعالى : **(فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة)** (٦٣)، فقد شرط أن يكون الإطعام والكسوة من أوسط ما يقدمه الإنسان لأهله من الطعام والكسوة في حال يساره أو إعساره ، ولا معنى لاعتبار العرف إلا هذا دل على ذلك كلمة أوسط . وهي ليست مستعملة لغة في العرف ، ولكن فهم معنى العرف من النص عن طريقها .

قول الله تعالى : **(لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا)** (٦٤) .

أوجبت هذه الآية الكريمة وجوب النفقة للزوجة على زوجها ، ولم تقدر قيمة هذه النفقة ، وإنما ترك الله تحديدها حسب يسار الزوج أو إعساره ، يعني حسب ما اعتاد مثله الإنفاق . ففي الآية إحالة غير صريحة على العمل بالعرف .

٣- قول الله تعالى : **(والمطلقات يتربصن بأنفسهم ثلاثة قروء)**(٦٥)
أوجب الله تعالى في هذا النص على المطلقة أن تعتد ، وجعل عدتها ثلاثة أقراء وسواء أكان المراد الطهر أو الحيض على خلاف بين العلماء فهو ما اعتادت عليه .

ففي النص إشارة إلى العمل بعادة المرأة في طهرها أو حيضها مع ملاحظة أن النص خال من لفظ عرف أو عادة وهذا ما عنيناه من الإعتبار الضمني .

---

(٦٣) المائدة : ٨٩ .

(٦٤) الطلاق : ٧ .

(٦٥) البقرة : ٢٢٨ .

الصورة الثانية :

أن تكون العادة علة في الحكم ، بمعنى أن يبني الحكم على ما اعتاد عليه الناس ، وذلك عن طريق ربط الحكم بهذه العادة أو بعبارة أخرى أن يقترن الحكم بالعادة ، فيفهم من هذا الإقتران أن العادة علة في ذلك الحكم ، وهو ما يعرف عند الأصوليين بالإيماء (٦٦) وذلك كما في الأمثلة الآتية :

١- ما روي عن معمر بن عبد الله قال : « كنت أسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير »(٦٧) .

ففي هذا الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام بمثله متفاضلا ، وقرن بين النهي وبين الطعام ، الأمر الذي جعل الشافعية يعتبرون العلة في تحريم ربا الفضل هي الإتفاق في الجنس والطعم (٦٨) .

وعلى ذلك يدخل في التحريم كل ما اعتاد الناس أن يجعلوه طعاما لهم ، وبمعنى آخر كل ما اعتاد الناس أن يطلقوا عليه لفظ الطعام خلافا للحنفية على ما سوف نبين في موضعه .

من هذا يتبين لنا أن الشافعية قد اعتبروا عرف الناس واعتيادهم جزء علة . واستندوا في ذلك إلى إيماء الشارع وإشارته ، فقد قرن بين العلة والحكـــم .

٢- ما روي من أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « ما وزن مثلا بمثل إذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك ، فإذا أختلف النوعان فلا بأس بـــــه»(٦٩).

---

(٦٦) الإيماء هو اقتران وصف بحكم لو لم يكن هو أو نظيره للتعليل لما كان للإقتران فائدة . أنظر مختصر ابن الحاجب : ٢/٢٣٤ ؛ المنهاج البيضاوي : ٣/٤٢ .

(٦٧) رواه أحمد ومسلم ، أنظر نيل الأوطار : ٥/٣٠٠ .

(٦٨) نيل الأوطار : ٥/٣٠٠ ، ٣,٢ .

(٦٩) رواه الدارقطني ؛ نيل الأوطار : ٥/٣٠٠ .

في هذا الحديث نجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد قرن بين تحريم ربا الفضل وبين الكيل أو الميزان ، فيظهر من ذلك أن علة التحريم هي الكيل والميزان

ويظهر منه أيضا أن ما اعتاد الناس أن يزنوه فالعلة هي الوزن وما اعتادوا كيله فالعلة هي الكيل ، ولقد ذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أنه لو تغير اعتياد الناس فأصبح ما يوزن يكال أو العكس ، فتكون العادة الطارئة هي معيار التساوي .

ولقد تبين لنا من هذا الحديث أن ما اعتاد عليه الناس من كيل أو وزن فهو جزء العلة في تحريم ربا الفضل على ما ذهب إليه الحنفية ، وقد استنبط الحنفية هذا من اقتران التحريم بالوزن والكيل وهو ما نعنيه بالإيماء .

ومن هذين المثالين يتبين لنا أن الشارع الحكيم قد جعل العرف علة في الحكم أو بمعنى آخر قد ربط الحكم باعتياد الناس مما يدل على أن العرف قد يكون مناطا لحكم الشرع .

العرف المفسر :

ويقصد به ما جرى به التعامل بين الناس وبه يعرف المراد من النص وما يقتضيه من شروط في تطبيقه ومثال ذلك :

١- قول الله تبارك وتعالى : **(وأشهدوا ذوي عدل منكم)** (٧٠) في هذا النص أوجب الله تعالى شهادة رجلين عدلين ، ولكن ما هي شروط العدالة ، لقد بين الفقهاء أن بعض هذه الشروط ثابت كالصدق ، والوفاء بالوعد وعدم خيانة الأمانة والبعض الأخر متغير وتابع لعرف الناس كستر الرأس، ففي بعض البلدان وفي بعض الأزمنة يكون كشف الرأس مسقطا للعدالة، وفي البعض الآخر لا يعتبر كذلك ، والفيصل في ذلك هو العرف ، أي أن العرف هو المفسر لهذه الشروط .

---

(٧٠) الطلاق : ٢ .

٢- ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختـــــــــر " (٧١) .

هذا الحديث يثبت خيار المجلس ، والمراد بخيار المجلس إمضاء العقد أو فسخه في مجلس العقد ، وينتهي هذا الخيار بالتفرق بين العاقدين . ولقد اختلف العلماء في المراد منه فذهب الشافعية والحنابلة وابن حبيب وعبد الحميد الصائغ من المالكية إلى أن المراد التفرق بالأبدان ، وذهب بعض فقهاء المالكية إلى أن المراد التفرق بالأقوال أما جمهور المالكية والحنفية فيرون أنه إذا وجبت الصفقة فلا خيار (٧٢) .

ويأتي دور العرف في تفسير المراد بالتفرق عند من يأخذ بخيار المجلس ، فكل ما يعده العرف تفرقا فهو المعتبر سواء أكان التفرق بالأبدان على مذهب الشافعية والحنابلة أو بالأقوال على ما ذهب إليه بعض المالكية (٧٣) .

٣- ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا يحل لمسلم با ع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له .

وروي : « أن رجلا ابتا ع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب فقال البائع غلة عبدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم : الغلة بالضمان »(٧٤) .

من هذين الحديثين تبين لنا مشروعية خيار العيب ، والمقصود به أن المشتري له إمضاء العقد أو رد المبيع وأخذ ما دفعه من ثمن ؛ وذلك لوجود عيب في المبيع

---

(٧١) ولقد روى الحديث بروايات كثيرة متفق عليها . نيل الأوطار : ٥/٢٨٩ .

(٧٢) المرجع السابق : ٥/٢٩١ ؛ الشرح الصغير : ٣/١٣٤ .

(٧٣) المرجع السابق : ٥/٢٩٣ .

(٧٤) الحديث رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وصححه الترمذي وابن حبان . المرجع السابق : ٥/٣٢٦ .

ولكن ليس كل عيب يرد به المبيع ويفسخ به العقد ، فمن العيوب ما يغتفر ومنه ما لا يغتفر ومرد ذلك العرف ، فالعيب الذي يعتبره عرف الناس منقصا لقيمة الشيء المبيع أو مفوتا لمنفعته هو الذي يرد به المبيع .

العرف المخالف للنص :

المقصود بالعرف هنا عرف الناس فإنه هو الذي يتصور مخالفته للنص ، أما عرف الشارع فقد يخالف اللغة ، ولا حرج في ذلك فعرف الشارع مقدم على عرف اللغة، وبه يفسر النص، فإذا قال الله تعالى: **(ولله على الناس حج البيت)** (٧٥) إنصرف المعنى إلى قصد بيت الله الحرام في الأشهر المخصوصة لأداء مناسك خاصة بشروط معينة ، ولا ينصرف إلى المعنى اللغوي الذي هو مطلق قصد . وإذا قال الله تعالى : **(وأقيموا الصلاة)** (٧٦) انصرف المعنى إلى الأقوال والأفعال المخصوصة المبتدأة بالتكبير والمختتمة بالتسليم بشرائط مخصوصة ، ولا ينصرف إلى الدعاء الذي هو المعنى اللغوي للفظ الصلاة . على أساس أن المعنى الشرعي صار حقيقة شرعية تقدم على المعنى اللغوي ولا يصار إلى المعنى اللغوي إلا بقرينة ، فإذا ما أراد الله تعالى من اللفظ معنى آخر غير معناه الشرعي المتبادر كان السياق دالا على هذا المعنى كما في قول الله تعالى : **(إن الله وملائكته يصلون على النبي ، يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما)** (٧٧)، فهذا النص واضح من أن المراد الصلاة غير الصلاة الشرعية .

ويرى بعض العلماء أنه إذا ورد لفظ له مسمى شرعي وآخر لغوي فإنه يعتبر مجملا يحتاج إلى قرينة كما في قول الرسول صلى الله عليه وسلم : دعي الصلاة

---

(٧٥) آل عمران : ٩٧ .

(٧٦) البقرة : ٤٣ .

(٧٧) الأحزاب : ٥٦ .

أيام أقرائك ،فإن الصلاة الشرعية لا تنعقد مع الحيض ، وقوله صلى الله عليه وسلم حيث لم يقدم إليه غداء :«إني إذا صائم» (٧٨) فإنه إن حمل على الصوم الشرعي دل على جواز النية نهارا وإن حمل على مطلق الإمساك لم يدل .

واختار الغزالي أن مثل هذا اللفظ إن ورد في الإثبات والأمر فإنه يدل على المعنى الشرعي وإن ورد في النهي والنفي فهو مجمل يحتاج إلى بيان(٧٩) . هذا بالنسبة للألفاظ المفردة ، أما بالنسبة للمركب فقد يرى الشارع أيضا من تركيب لفظ مع آخر غير المعنى اللغوي ، فإذا ورد مثل هذا التركيب في نص من نصوص القرآن او السنة انصرف إلى المعاني الشرعية. كما في قول الله تعالى : **(حرمت عليكم أمهاتكم)**(٨٠) وقوله : **(حرمت عليكم الميتة)**(٨١) فإن التحريم والتحليل إنما تحسن إضافتهما في اللغة للأفعال دون الأعيان ، وهو الذي جرى عليه العمل في أصول الفقه ، فذات الأم ليست محرمة بل المحرم فعل تعلق بها وهو المناسب لها وهو الإستمتاع، وكذلك الميتة فإن الذي يناسبها هو الأكل، فهو الأعظم مقصودا للشارع لهذا يحمل التركيب على هذا العرف الشرعي . ومن هذا أيضا قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ألا وإن دمائكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام»(٨٢) فإن الدماء والأموال والأعراض ذوات لا يتعلق بها حكم شرعي فوجب تقدير أفعال تضاف إليها ، فما يقصده الشارع من

---

(٧٨) رواه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي وأحمد راجع المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي : ٣/٤٥٥ .

(٧٩) المستصفى : ١/٣٥٨ ، ٣٥٩ .

(٨٠) النساء : ٢٣ .

(٨١) المائدة : ٣ .

(٨٢) رواه البخاري وابن ماجة والدارمي وأحمد بن حنبل المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي : ٢/١٤٨ .

الدماء هو سفكها ، ومن الأموال أكلها ومن الأعراض ثلبها . فيكون المعنى ألا إن سفك دمائكم وأكل أموالكم وثلب أعراضكم عليكم حرام . وهكذا كل ذات علق الشارع عليها حكما إنما أراد الأفعال المضافة إليها وليس كل الأفعال بل فعل خاص مناسب هو أعظم ما يقصده المشرع .

أما عرف الناس فهو الذي يتصور مخالته للنص القرآني أو النبوي وقد سبق أن أشرنا عند الحديث عن أقسام العرف أن عرف الناس ينقسم إلى قولي وعملي ، ثم إنه قد يكون مقارنا للنص أو طارئا عليه . ونتحدث فيما يلي عن العرف المقارن بقسميه العملي والقولي ، ثم نتبع ذلك بالعرف الطارىء .

أولا - العرف المقارن :

فإذا كان العرف مقارنا للنص وموافقا له غير معارض كان عرفا معتبرا ، وإذا صادم نصا فهو عرف ملغى فاسد الإعتبار ، ولا شك في هذا فإن النص إنما جاء ليبين منهج الله الذي يحقق مصالح الناس من حفظ دينهم ودنياهم ، فيلغي ما يخالف المنهج ، ويقرر ما يوافقه .

ومن جهة أخرى فإن المشرع هو الذي اعتبر العرف مصدرا ، فأحال عليه في بعض النصوص ، وجعله مناطا لأحكام في نصوص أخرى وعلى هذا فإن العرف لم يأخذ قوته الملزمةإلا من النص فكيف للأدنى أن يلغي الأعلى .

على أن هناك من العلماء من يرى أن العرف يمكن أن يخالف النص من بعض الوجوه وليس كلها ، فيخصص العام ، ويقيد المطلق . ونتحدث عن القولي ثم العرف العملي .

١- العرف القولي :

حكي بعض العلماء الإجماع(٨٣) على أن العرف القولي يخصص عموم النص

---

(٨٣) الفروق للقرافي : ١٧١/١ وما بعدها والأسنوي على المنهاج : ١٢٨/٢ وفواتح الرحموت : ٣٤٥/١ .

ويقيد المطلق ، يعني أن العرف يخالف النص من بعض الوجوه ، ويمثلون لذلك بلفظ الدابة فإنه موضوع - كما أشرنا من قبل - لكل ما يدب على الأرض وقد تعورف استعماله في ذوات الأربع في بعض البلدان وفي الخيل فقط في بلدان أخرى . وهكذا في كل لفظ استعمل في بعض مسمياته.

هذا والمدققون من العلماء يرون أن هذا ليس من التخصيص أو التقييد في شيء ، لأن إسم الدابة لا يصير مستعملا في العرف إلا في الخيل فقط أو ذوات الأربع فقط فيصير كأنه ما استعمل أبدا إلا في ذلك (٨٤) .

وقد فرع العلماء على ذلك بأن الحالف لو قال : والله لا آكل لحما فأكل سمكا فإنه لا يحنث وكذلك لو قال والله لا أدخل مع فلان بيتا فدخل مسجدا، أو قال والله لا أجلس على بساط فجلس على الأرض فإنه لا يحنث في هذه الصور كلها عملا بالعرف على خلاف النص ، فإن القرآن الكريم قد سمى السمك لحما كما في قول الله تعالى : **(ومن كل تأكلون لحما طريا)** (٨٥) ، وسمى المساجد بيوتا كما في قول الله تعالى : **(في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه)**(٨٦) ، وسمى الأرض بساطا كما في قول الله تعالى : **(والله جعل لكم الأرض بساطا)** (٨٧)

ولقد سبق أن أشرنا أن ذلك لا يعد تخصيصا للعموم أو تقييدا للمطلق ، فإن العرف في كل هذه الصور إنما بين إرادة الحالف وأظهرها ، وليس هناك علاقة بين النصوص القرآنية التي تبين منن الله على عباده وبين الحنث في اليمين ، فإن

---

(٨٤) المعتمد لأبي الحسين البصري : ٢٧٩ .

(٨٥) فاطر : ١٢ .

(٨٦) النور : ٣٦ .

(٨٧) نوح : ١٩ .

الحالف إنما أراد فردا معينا من أفراد اللفظ ، ودور العرف هنا هو تحديد هذا الفرد وليس هو تخصيص لعموم القرآن ، وإنما للمعنى اللغوي .

ويتبين مما سبق أن العلماء حينما قالوا بأن العرف يخصص النص إنما أرادوا المعنى اللغوي وليس النص القرآني أو النبوي ، ولهذا نرى المحققين من العلماء يقولون بأن العرف اللغوي يقضي على اللغة ، يقول صاحب الفروق بعد أن يذكر أمثلة العرف الذي يخصص الألفاظ يقول : « فهذا تحرير العرف القولي ، وتحرير العرف الفعلي ، وتحرير أن العرف القولي يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصا وتقييدا وإبطالا"(٨٨). ومن هنا يمكننا أن نقول إن عرف الناس اللفظي لا يخصص النص القرآني ولا يقضي عليه ، وإنما يفسر كلام الناس ويقضي عليه .

٢- العرف العملي :

والمقصود به اعتياد الناس على عمل معين أو ترك لذلك العمل . وقد اختلف فيه العلماء فذهب الجمهور إلى أنه لا يخصص عموم النص وذهب الحنفية إلى أنه يخصصه (٨٩) .

وإذا كان المراد من التخصص إخراج بعض ما لا يتناوله اللفظ(٩٠) فما المراد من تخصيص العادة للنص ، هل المراد هو أن يكون حكم النص خاص بما اعتاده الناس وألفوه ، أو أن يكون ما اعتاده الناس وألفوه حكمه مخالف لحكم النص ؟

---

(٨٨) الفروق للقرافي : ١٧٣/١ .

(٨٩) المعتمد : ٢٧٨/١ ، إرشاد الفحول : ١٦١ ؛ المنهاج للبيضاوي : ١٢٨/٣ ؛ الفروق للقرافي : ١٧١/١ ؛ فواتح الرحموت : ٣٤٥/١ .

(٩٠) إرشاد الفحول : ١٦١ .

كل ذلك جائز فهما مسألتان ، ولقد فطن لهذا بعض الأصوليين فتكلموا عن المسألتين(٩١) ، ولم يتنبه البعض الآخر فتكلم عن مسألة وترك الأخرى ، وهذا ما فعله الآمدي وابن الحاجب وصاحب فواتح الرحموت فتحدثوا عن المسألة الأولى فقط (٩٢) ، أما صاحب المعتمد فقد تحدث عن المسألة الثانيـــة (٩٣)

ونحن نبسط الكلام هنا عن هاتين المسألتين :

* المسألة الأولى :

وحاصل هذه المسألة أن تكون العادة جارية بفعل معين ، كما لو اعتاد صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم مثلا أكل طعام معين ثم نهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تناوله بلفظ عام يتناول ما يأكلونه وغيره كأن يقول : نهيتكم عن أكل الطعام ؟ فهل يكون النهي مقتصرا على ذلك الطعام بخصوصه أم لا ، بل يجري على عمومه ، ولا تكون العادة مخصصة لذلك العموم على معنى أن يكون حال النص مع العادة كحال السبب مع الحكم ، هل العبرة في عموم النص أم في خصوص السبب .

لقد إختلف العلماء في ذلك فذهب الجمهور إلى أن العبرة بعموم النص ولا أثر للعادة ، وذهب الأحناف إلى التخصيص ، فقد أعتبروا الحكم خاصا بما اعتاده الناس وألفوه .

دليل الجمهور :

١- ولقد استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بأن العادة ليست بحجة ؛ وذلك لأن

---

(٩١) إرشاد الفحول : ١٦١ .

(٩٢) الإحكام للآمدي : ٤٨٦/٢ وما بعدها ؛ مختصر المنتهى : ١٥٢/٢ . فواتح الرحموت : ٣٤٥/١ .

(٩٣) المعتمد : ٢٧٨ .

الناس يعتادون الحسن كما يعتادون القبيح ، وإذا ثبت أنها ليست بحجة فلا تقوى على معارضة النص(٩٤) .

ولنا أن نقول أنها حجة لكنها لا تقوى على معارضة النص ، لأنها حجة أضعف من النص ألا ترى أن الحنفية رضوان الله تعالى عليهم لا يخصصون عموم القرآن بخبر الواحد إلا إذا سبقه تخصيص من دليل آخـــر .

٢- أن النص حاكم على العوائد فلا تكون العوائد حاكمة(٩٥) على النص بمعنى أن النص هو الذي يقرر اعتبار العرف أو فساده وليس ذلك للعرف .

دليل الأحناف :

أما الأحناف فقد استدلوا بدليلين :

الدليل الأول :

١- قياس العرف العملي على العرف القولي ، فكما أنه يجوز للعرف القولي أن يخصص العموم فكذلك العرف العملي .

وقد يناقش هذا الدليل بأنه قياس في اللغة ، أو بأنه قياس مع الفارق لأن العرف القولي صار بالاستعمال حقيقة عرفية ، وعند إطلاق اللفظ فإنها هي التي تتبادر إلى الذهن ، بخلاف العرف العملي فإنه لم يخرج اللفظ عن معناه اللغوي ، وبيان ذلك أنه بالنسبة للعرف العملي ؛ فإن العادة مطردة في اعتياد أكل طعام مخصوص لا في تخصيص اسم الطعام ، وعلى هذا لا يكون العرف العملي قاضيا على عموم اللفظ(٩٦) بخلاف لفظ العيش مثلا فإنه يطلق على الأرز في بلاد الخليج العربي ، وفي مصر على الخبز ، فلو قال : والله لا آكل عيشا فإنه

---

(٩٤) فواتح الرحموت : ١٦١ .

(٩٥) الإحكام للآمدي : ٢/٤٨٦ .

(٩٦) الإحكام في أصول الأحكام ، للآمدي : ٢/٤٨٦ .

يحنث بأكل الأرز في بلاد الخليج ، وبأكل الخبز في مصر لا لأنه اعتاد أكله وإنما لأنه أطلق الإسم عليه. والشارع إنما يخاطب الناس بلغتهم وما فهموه منها(٩٧) ومنه يفهم أن غلبة العادة قد انجرت إلى غلبة الإسم ، أما إذا لم تنجر إلى غلبة الإسم فإنها لا تخصص ولقد أشار إلى هذا صاحب كتاب فواتح الرحموت(٩٨).

الدليل الثاني :

واستدل الأحناف ثانيا بأنه كما يجوز للعرف العملي أن يقيد المطلق فإنه يخصص العام ويفهم من كلامهم أن هناك إجماعا على تقييد المطلق بالعرف العملي ، فلو قال لخادمه اشتر لحما فإنه ينصرف إلى ما اعتادوا أن يأكلوه من اللحم ، فكذلك الحال فيما لو قال الشارع حرمت عليكم الطعام فإنه يحمل على ما يأكلونه فقط دون غيره من الأطعمة . ويفهم من هذا أنهم قاسوا العام على المطلق فكما أن العرف العملي يقيد المطلق فكذلك يخصص العموم ففي كل إنما يتبادر إلى الذهن ما اعتاده الناس وألفوه .

وقد رد هذا الدليل بأنه قياس في اللغة لا يقبل ، وقد أجاب الأحناف عن هذا بأنه ليس قياسا في اللغة وإنما دل الاستقراء على أن التبادر أمارة الحقيقة ، وأن ما يوجب التبادر إلى معنى غير المعنى الموضوع له اللفظ لغة يوجب كذلك إرادة هذا المعنى، والشارع إنما يخاطبنا بما نفهم وبما يتبادر إلى ذهننا(٩٩) وقد يجاب عن ذلك بأنه يجب علينا أن نفهم مقتضى النص لا ما تواضعنا عليه(١٠٠)
وما نلاحظه على هذين الدليلين أمور :-

---

(٩٧) المرجع السابق : ٤٨٦/٢ .

(٩٨) فواتحَ الرحموت : ٣٤٥/١ .

(٩٩) المرجع السابق : ٣٤٥/١ .

(١٠٠) البرهان لإمام الحرمين : ٤٤٦/١ .

١- أن هناك خلطا بين اعتبار العرف والعادة في كلام الناس وفي كلام المشرع سبحانه وتعالى ، فإذا كان هناك إجماع على اعتبار العرف القولي فقد بينا أن العرف إنما يقضي على كلام الناس فقط .

٢- أن العرف العملي إنما يقيد المطلق في كلام الناس فلا يقاس عليه تقييده للمطلق في كلام الله تعالى .

٣- إن قياس التقييد على التخصيص قياس مع الفارق إذ أن الإجماع وإن كان قائما على تقييد المطلق فإن ذلك في كلام الناس ، والمسألة التي نحن بصددها إنما هي تخصيص العموم وتقييد المطلق بالعرف في نصوص القرآن والسنة .

٤- إذا فرضنا أن الشارع قال : حرمت عليكم الطعام وكانوا قد تعودوا على أكل طعام معين فإن القول بتحريم ذلك الطعام فقط يؤدي إلى أن الألف واللام في لفظ الطعام تكون للعهد الذهني وليست للعموم وعلى ذلك فليس هناك تخصيص للعام بالعرف العملي . وهذا له نظير في القرآن الكريم ألا ترى إلى قول الله تعالى : (**وأحل الله البيع وحرم الربا**) وكان العرب قد اعتادوا نوعا معينا من الربا هو ربا النسيئة وذهب بعض العلماء إلى أن الآية إنما حرمت ربا الجاهلية فقط يعني ما اعتاد العرب أن يفعلوه لكنهم لم يقولوا بالتخصيص إنما قالوا بأن الألف واللام في قول الله : (... **وحرم الربا**) للمعهود الذهني والمعهود عند العرب هو ربا النسيئة .

وهو نفس المسلك في : حرمت عليكم الطعام فإذا اعتبرنا جدلا أنه حرم عليهم ما اعتادوه فقط تكون الألف واللام للمعهود الذهني . فبطل ما ذهب إليه الحنفية من أن العادة تخصص العموم . وكان عليهم أن يأتونا بدليل من القرآن والسنة قد خصصته العادة العملية .

* المسألة الثانية :

وحاصلها أن يكون النص من قرآن أو سنة قد أوجب أو حرم شيئا بلفظ عام ، ثم وجدنا العادة جارية بترك بعضها أو بفعل بعضها ، فهل تكون العادة مؤثرة

حتى يقال إن العادة قد خصصت العموم على معنى أن ما جرت به العادة خارج عن حكم النص ويبقى العموم فيما عداه ، اختلف العلماء في ذلك أيضا فذهب الجمهور إلى أن النص يتناول ما جرت به العادة وغيره ، وذهب الحنفية إلى أن العادة قد خصصت العموم .

وهذه المسألة قد أشار إليها الصفي الهندي(١٠١) وتحدث عنها أبو الحسين البصري في المعتمد (١٠٢) .

أما دليل الجمهور فهو نفس الدليل الذي ذكروه في المسألة الأولى .

وقد مثل أبو الحسين البصري لهذه المسألة بأن يعتاد الناس شرب بعض الدماء ثم يحرم الله سبحانه الدماء بكلام يعمها . ورأى أنه لا يجوز تخصيص العموم بل يجب تحريم كل الدماء فلا يجوز إباحة ما جرت به العادة بل يجب تحريمه .

واستدل على ذلك بأن العادة لا تصلح أن تكون مخصصا للعموم لأنها ليست بحجة . وهو نفس الدليل الذي استدل به الجمهور في المسألة السابقــة .

دليل الأحناف :

أما الحنفية فلم يتعرضوا لهذه المسألة واكتفوا بذكر المسألة السابقة ، وإن ذكر المتأخرون منهم تطبيقا على المسألة السابقة يمكن أن يكون فرعا لهذه المسألة الأمر الذي يدل على أنهم اعتبروا المسألتين حالة واحدة ولم يفرقوا بينهما والمثال الذي ذكروه هو جواز الاستصناع وهو كما أشرنا إليه سابقا على خلاف القاعدة المستنبطة من قول الرسول صلى الله عليه وسلم : «لا تبع ما ليس عندك»(١٠٣) فقد نهي الرسول صلى الله عليه وسلم بيع ما ليس عند الإنسان وهو عام في كل

---

(١٠١) نقله إرشاد الفحول : ١٦١ .

(١٠٢) المعتمد : ٢٧٨/١ .

(١٠٣) رواه ابن حبان والترمذي ، نيل الأوطار : ٢٥٢/٥ .

بيع ، وخص منه الاستصناع فقد تعارفه الناس وأجمعوا على جوازه ، وهو كما ترى فعل ما نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم فهو داخل تحت المسألة الثانية وليست الأولى . ويفهم من هذا أن الاستصناع على خلاف القياس أعني على خلاف القاعدة المطردة .

والحنفية وإن جوزوا تخصيص النص بالعادة إلا أنهم قالوا في هذه المسألة أن العادة هنا مؤيدة بالإجماع ، فالمخصص للنص هو الإجماع وليست العادة وفي الحقيقة هو دليل الاجماع (١٠٤) .

هذا ويرى ابن القيم أنه ليس هناك شيء في الشريعة على خلاف القياس(١٠٥) وتطبيقا على ذلك يكون الاستصناع غير داخل تحت قاعدة البيع حتى يقال إن العرف قد خص هذه القاعدة أو أن دليل الإجماع هو الذي خصص هذه القاعدة . والدليل على ذلك أن الاستصناع فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإجارة لأن السلم عقد على مبيع في الذمة ، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل ، وما اشتمل على معنى عقدين يكون جائزا(١٠٦) ويفهم من هذا أنه على وفق قاعدة السلم وقاعدة الإجارة فهو ليس خارجا عن القياس . على معنى أنه لا يدخل تحت قاعدة بيع المعدوم حتى يقال إنه خارج عنها بالإجماع أو العرف العملي ، وإنما هو على وفق قاعدة أخرى هي قاعدة السلم أو الإجارة أو هما معا(١٠٧) .

وإذا ثبت هذا فإن العرف لا يخصص عموم القرآن .

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه على فرض صحة أن العرف المقارن يخصص العموم ، فإن المخصص في الحقيقة في هذه الحالة هو سكوت الشارع

---

(١٠٤) العرف والعادة أ.د. أحمد فهمي أبو سنة : ١٣١ وما بعدها .

(١٠٥) اعلام الموقعين : ٣٨٣/١ .

(١٠٦) بدائع الصنايع : ٣/٥ .

(١٠٧) المرجع السابق : ٣/٥ .

وإقراره لهذه العادة فيكون المخصص هو السنة التقريرية وليس العرف . ألا ترى أن صناعة السيوف كانت موجودة في الجاهلية والإسلام والرسول صلى الله عليه وسلم حينما قال : « لا تبع ما ليس عندك » سكت عن الاستصناع وظل الناس يتعاقدون على الصنعة ولم ينكر عليهم ذلك ، فكان إقرارا منه صلى الله عليه وسلم بصحة الاستصناع وكان إجماع العلماء بعد ذلك على جواز الاستصناع مستندا إلى عدم إنكار الرسول صلى الله عليه وسلم .

العرف الطارىء :

وإذا ثبت أن العرف المقارن لا يكون مخصصا لعموم النص ، فإن العرف الطارىء من باب أولى لا يكون مخصصا . وقد ذهب البعض إلى أنه يكون مخصصا(١٠٨) واشترط البعض لكي يكون مخصصا أن يرجع إلى الإجماع(١٠٩) .

وفي ذلك نظر ، فإن العلماء يشترطون في العرف المراد تحكيمه في التصرفات أن يكون قائما وقت إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه وذلك في نصوص الناس ، وعلى ذلك فإن العرف الطارىء لا يحكم التصرفات التي نشأت قبله وإنما يحكم التصرفات التي تنشأ بعده .

وإذا كان هذا في نصوص البشر ، فمن باب أولى فإ العرف الطارىء لا يخصص عموم القرآن أو السنة .

ومن العجيب أن القائلين بالتخصيص يستندون إلى أ العرف المجمع عليه يمكن أن يخصص القرآن فيكون المخصص هو الإجماع ؛ لأن الأمة لا تجتمع على ضلالة فنقول : لأن الأمة لا تجتمع على ضلالة فإنها لا بد وأن تستند في التخصيص إلى دليل غير العرف ، فإن استندت إلى نص مباشر، فلا يتصور في هذه الحالة عرف طارىء ، وإن استندت إلى ضرورة ، فيكون ما فعلوه هو تحقيق

---

(١٠٨) إرشاد الفحول : ١٦١ .

(١٠٩) العرف والعادة ، أحمد فهمي أبو سنة .

مناط الضرورة ، ويكون المخصص هو قول الله تعالى : **(فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه)** (١١٠) .

ومن الغريب أيضا أن الحنفية لا يخصصون عموم القرآن بخبر الواحد إلا إذا خص بدليل آخر فكيف للعرف أن يخصص القرآن ؟

ولقد سبق أن أشرنا إلى أن المتعاقدين يستطيعان أن يخالفا العرف ، فإرادتهما أقوى من العرف ولا يستطيعان مخالفة نص ، فكيف بالأضعف من الإرادة أن يخصص النص بل إن النص هو الذي يعتبر العرف وهو الذي يلغيه وليس للعرف هذه المنزلة .

---

(١١٠) البقرة : ١٧٣ .

قَضَايَا فِقْهِيَّة تَتَعَلَّق بِبُنُوك الحَلِيب البَشَرِيّ

بقلم الدكتور محمود أحمد أبو ليل *

---

* استاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة – عمل سابقا بكلية الشريعة بجامعة الأردن له بعض البحوث في الفقه السياسي الإسلامي.

إن الحليب هو الغذاء الرئيسي للطفل في أيامه الأولى ، وبه قوام حياته واكتمال نموه، والحليب البشري خير أنواع الحليب وأعظمها فائدة للوليد ، وأكثرها ملاءمة له ، ورفقا به ، إذ هو الذي خلقه الله في أثداء الأمهات لحكمة تغذية الأطفال، ولذلك أمر الله الوالدات بالإرضاع(١) فقال سبحانه : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة (٢) " .

وشرع جلّ وعز الإجارة في الرضاع اهتماما بشأنه ، وتشجيعا عليه عند الحاجة إليه فقال في كتابه : " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى " (٣) .

وتشتد حاجة الطفل الوليد لحليب أمه في حالات معينة كأن يولد خديجا أو مبتسرا أو مهزولا معلولا يحتاج إلى عناية حثيثة وتغذية خاصة .

وقد يحصل أحيانا أن لا يتوفر للطفل حليب من أمه إما لموتها عند الولادة أو لعدم إدرار ثديها لضعف أو مرض أو لأي سبب من الأسباب .

ولذا درجت بعض المؤسسات والمستشفيات على جمع كميات من حليب الأمهات من مختلف الأجناس والأديان ، عن طريق الاستيهاب أو الشراء ثم القيام بتخزينه وتعقيمه وتعبئته في قوارير تعطى لمن يحتاجها من الأطفال .

وفي هذا المجال تثور تساؤلات عن حكم تبرع النساء بحليبهن لمثل هذه المؤسسات ، وعن بيع هذا الحليب هل يجوز أم لا ؟ وهل يثبت التحريم بحليب هذه البنوك ؟ .

---

(١) اختلف العلماء في الزام الأم بالارضاع ولكن المتفق عليه أن الطفل اذا لم يقبل الا ثدي أمه ألزمت بارضاعه .

أنظر : تفسير القرطبي ، دار الكاتب العربي سنة ١٣٨٧ هـ - ١٦١/٣ وتفسير المنار ، دار المعرفة ، - بيروت ٤٠٩/٢ .

(٢) سورة البقرة - آية (٢٣٣) .

(٣) سورة الطلاق - آية (٦) .

ويتناول هذا البحث مناقشة هذه القضايا في مباحث ثلاثة : -

المبحـــث الأول : حكم التبرع بالحليب البشري

المبحث الثانــي : حكم بيع الحليب البشري

المبحث الثالــث : هل يثبت التحريم بحليب هذه البنوك ؟.

المبحث الأول :
حكم التبرع بالحليب البشري

لا شك أن حفظ النفوس من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية ، ومن أجل ذلك أباح الإسلام كل ما يؤدي إلى حفظ النفس من غذاء ودواء، وحرم كل ما يضر بالحياة الإنسانية ، أو يعيق نموها وعملها . وتبرع المرأة بحليبها للمؤسسات التي ترصده للمبتسرين والمعوزين من الأطفال يسهم إسهاما فعالا في إنقاذ حياة كثير من الأطفال وحفظ أرواحهم ، وتقوية أبدانهم وتنشئتها تنشئة سوية متينة تقيهم غائلة المرض والوهن ، فلا ريب أن هذا الصنيع عمل مشكور ، وفعل مبرور ، وخدمة جليلة لما فيه من معاونة للضعيف ، ونجدة للمحتاج ، وهو أمر تدعو إليه الضرورة وتقضي به المصلحة التي تتوخاها الشريعة بأحكامها وتوجيهاتها ، وتوفير لبن الأمهات للأطفال وبخاصة في الحالات الطارئة والظروف الحرجة أمر حيوي ولا يغني غناه أنواع الحليب الأخرى، لأن الخواص المضادة للعدوى التي يتميز بها لبن الأم تساعد في حماية الرضيع من المرض (٤) ولذلك كان هذا العمل داخلا في نطاق الخير والرحمة والصدقة التي حث الإسلام عليها وندب إليها .

قال تعالى : " وما تفعلوا من خير فإن الله به عليم " (٥) وقال " إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيآتكم (٦) " ومن الخير المفيد والصدقة النافعة أن تجود المرأة بلبنها وهو خلاصة غذائها وحيويتها .

وقال عز من قائل : " وأحسنوا إن الله يحب المحسنين " (٧) وقال : " إن الله يأمر بالعدل والإحسان (٨) " ومن كريم الإحسان أن تتبرع المرأة بحليبها ليكون سببا في معافاة طفل وتزويده بالصحة والمناعة والقوة .

---

(٤) انظر : المدونة الدولية لقواعد تسويق بدائل لبن الأم - منظمة الصحة العالمية بجنيف ص (١٠)

(٥) سورة البقرة - آية (٢١٥) .

(٦) سورة البقرة - آية (٢٧١) .

(٧) سورة البقرة - آية (١٩٥) .

(٨) سورة النحل آية (١٦)

وقال سبحانه : "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان"(٩) وتجميع حليب النساء في المؤسسات المتخصصة مظهر من مظاهر التعاون على البر وعمل الخير .

وقال جل وعز : " من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ، ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا (١٠) ولا شك أن التبرع بالحليب يساهم في إحياء النفوس وحفظ الأبدان .

وقد أخرج البخاري عن جابر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " كل معروف صدقة " (١١) ولفظ " كل معروف عام يشمل كل خدمة يقدمها الإنسان لأخيه .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

" من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة .." ... إلى أن قال : " والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه (١٢) " وتوفير الحليب للأطفال فيه تنفيس لكربهم وإعانة لهم على اجتياز مراحل الخطر .

ضوابط شرعية للتبرع بالحليب البشري:

إن التبرع بحليب النساء - وإن كان عملا خيرا وبرا إنسانيا - إلا أنه نظرا لما يترتب عليه من آثار شرعية تتعلق بتحريم النكاح فقد أحيط بضوابط وخص بأحكام منها : -

---

(٩) سورة المائدة - آية (٢) .

(١٠) سورة المائدة - آية (٣٢) .

(١١) انظر : سبل السلام للصنعاني - مطبعة مصطفى الحلبي ١٧٨٩ هـ ، ١٦٧/٤ .

(١٢) قال المنذري : " رواه مسلم وأبو داود والترمذي وحسنه والنسائي وابن ماجه مختصرا والحاكم وقال : صحيح على شرطهما " - الترغيب والترهيب للحافظ المنذري - دار احياء التراث العربي - بيروت ١٩٦٨م ، ٢/٤٤-٤٥ .

١ - ذكر الحنفية أنه يكره للمرأة أن ترضع صبيا من غير إذن زوجها إلا إذا خافت على الطفل أن يهلك ، فلا بأس بإرضاعه حينئذ ، بل يجب ذلك إحياء للنفس (١٣) ، ودرءا للخطر ، وهذا النظر وجيه ، لأن الحليب وإن كان نابعا من ثدي المرأة وأمرا يخصها بالدرجة الأولى ، إلا أنه قد تولد في ظل الزوجية ، وينسب إلى الزوجين كليهما ، وتثبت به حرمة الفحل على الراجح ، وآثار التحريم تتعلق بالزوجين معا " ، فلزم على ذلك أن يكون التبرع به عن تراض منهما وتشاور .

٢ - وجاء عند الحنفية أيضا أن على المرأة إذا أرضعت صبيا أن تحفظ ذلك وتشهره وتكتبه احتياطا (١٤) لمعرفة التحريم الناشئ عن ذلك ، وبالتالي فالواجب على البنوك التي تجمع الحليب أن تحاول حفظ ما تأخذه من كل امرأة في زجاجة معينة وتكتب عليه اسمها والتاريخ الذي أخذ فيه ، وهذا أمر ممكن ، وبخاصة إذا كانت كميات الحليب المجموع محدودة ، وحالات الإرضاع معدودة، وطريقة حفظه متمايزا ومعقما ميسرة وعملية ، أما إذا تعذر ذلك لسبب أو لآخر، وتعين خلط ما يجمع بعضه ببعض ، فلا حرج حيئذ في ذلك ، شريطة ألا يعطى إلا في حالات الضرورة التي يقدرها الأطباء، عملا بقوله تعالى : " وما جعل عليكم في الدين من حرج " (١٥) ، وبقوله صلى الله عليه وسلم : " يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا " (١٦) ، وتطبيقا لقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " .

٣- ينبغي على النساء والمؤسسات عدم تقديم الحليب البشري للأطفال إلا في حالات الضرورة التي يقدرها الأطباء منعا لإشكالات التحريم من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الأصل أن يغتذي الطفل بلبان أمه ارتضاعا من ثديها وفي حضنها ، لتقوى عاطفة الأمومة ، وتشتد الروابط بين الأمهات

---

(١٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم – الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية ٢٣٨/٣ .

(١٤) فتح القدير للكمال بن الهمام – دار الفكر ١٣٩٧ هـ ، ٤٣٩/٣، الاختيار لتعليل المختار – عبد الله الموصلي – دار المعرفة – بيروت ط ٣ ، ١٣٩٥هـ ، ١٢٠/٣.

(١٥) سورة الحج – آية (٧٨) .

(١٦) متفق عليه من حديث أنس رضي الله عنه – انظر : رياض الصالحين للنووي مؤسسة الرسالة – بيروت ١٤٠١ هـ ص ٢١٥.

وأبنائهن مما ينعكس إيجابيا على تربية الطفل وحمايته وسعادته ، ويقوى الروابط الأسرية، وقد جاء في المدونة الدولية لقواعد تسويق بدائل لبن الأم: " أن الرضاعة الطبيعية وسيلة ليس لها نظير في التزويد بالغذاء المثالي من أجل النمو والتطور الصحي للرضيع وأنها تشكل أساسا بيولوجيا وعاطفيا فريدا بالنسبة لصحة الأم والطفل على السواء " (١٧)

٤ - إن كانت المرأة مصابة بأمراض معدية ، وقرر الأطباء أن العدوى تنتقل بالحليب فلا يصح لها في هذه الحالة أن تتبرع بلبانها منعا لما ينشأ عن ذلك من ضرر أو مرض عملا بقوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار" (١٨) وأخذا بقاعدة " درء المفاسد أولى من جلب المصالح " .

---

(١٧) من اصدار منظمة الصحة العالمية في جنيف ص ١٠.

(١٨) رواه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما وحسنه السيوطي ، انظر : فيض القدير للمناوي شرح الجامع الصغير للسيوطي - دار المعرفة - بيروت ٤٣١/٦ .

المبحث الثاني :
حكم بيع الحليب البشري

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : يجوز بيع حليب النساء ، وبه قال الشافعية (١٩) وذهب إليه من المحدثين أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي حيث جاء في موسوعته الفقهية الموسومة ب " الفقه الإسلامي وأدلته " ما نصه : " وأما لبن الظئر أي المرضع فيجوز بيعه للحضانة للحاجة " (٢٠) .

القول الثاني : لا يجوز بيعه ، وبه قال الحنفية ، ولم يفرق جمهورهم بين لبن الحرة ولبن الأمة ، وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة فقط دون الحرة (٢١)

وأما المالكية والحنابلة فقد اختلفت الرواية عنهم :

فبالنسبة لموقف الحنابلة جاء في كشاف القناع أنه جائز ولو كان لبن الحرة ولم يذكر خلافا ، ولكن يكره بيعه في المنصوص عن أحمد (٢٢) وأما ابن قدامة فذكر في المغني أنه جائز في قول ابن حامد وظاهر كلام الخرقي وغير جائز عند جماعة ن الأصحاب (٢٣) ، ويبدو أن المعتمد عند الحنابلة هو الجواز .

---

(١٩) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي مطبوع بهامش المجموع للنووي – المطبعة المنيرية –١٢١/٨، المجموع للنووي ، ٢٤١/٩ ، مكتبة الارشاد بجدة .

(٢٠) الفقه الاسلامي وأدلته – للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي – دار الفكر – الطبعة الأولى ، ٤٢٨/٤ .

(٢١) بدائع الصنائع للكاساني – دار الكتاب العربي – بيروت ١٤٠٢هـ الطبعة الثانية ١٤٥/٥– رد المحتار لابن عابدين ، مطبعة مصطفى الحلبي – الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ ، ٦٩/٥ .

(٢٢) كشاف القناع للبهوتي – عالم الكتب – بيروت ١٤٠٣هـ ١٥٤/٤.

(٢٣) المغني لابن قدامة – تحقيق محمد محيسن وشعبان محمد – مكتبة الجمهورية العربية المتحدة ومكتبة الكليات الأزهرية ٢٨٨/٤ .

وفيما يتعلق بالمالكية فذكر ابن رشد في بداية المجتهد أنهم يقولون بالجواز (٢٤) ، ونقل التحريم عنهم ابن قدامة في المغني (٢٥) والنووي في المجموع (٢٦) ، والرافعي في فتح العزيز (٢٧) ، ولكن الأول هو الأصح ، لأن شروط المعقود عليه التي اشترطوها لصحة البيع متوفرة في الحليب البشري إذ شرطوا في المبيع أربعة شروط هي : أن يكون طاهرا ، منتفعا به ، معلوما ، مقدورا على تسليمه (٢٨) وهذه المواصفات موجودة في الحليب .

أدلة القائلين بالجواز :

قالوا : أنه مشروب طاهر منتفع به ، فصح بيعه قياسا على لبن الأنعام ولأنه غذاء للآدمي فجاز بيعه كالخبز ، وقد جاز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر فجاز بيعه مستقلا (٢٩) ، .

بل ذهب بن قدامة إلى أن سائر أعضاء الآدمي يجوز بيعها ، لأن العبد يجوز بيعه ، وإنما لم يجز بيع الحر لأنه ليس مملوكا ، وحرم بيع العضو المقطوع لعدم الانتفاع به (٣٠) .

أدلة القائلين بالمنع :

استدل القائلون بتحريم بيع لبن النساء بأن لبن المرأة جزء منها بدليل أنه ثبتت به حرمة النكاح لمعنى البعضية ، والآدمي بجميع أجزائه مكرم مصون عن

---

(٢٤) بداية المجتهد لابن رشد القرطبي ، طـ ٤ مصطفى الحلبي سنة ١٣٩٥هـ ١٢٨/٢ .

(٢٥) المغني لابن قدامة ٢٨٨/٤ .

(٢٦) المجموع للنووي ٢٤٢/٩ ، مكتبة الارشاد بجدة .

(٢٧) فتح العزيز للرافعي ١٢١/٨ .

(٢٨) القوانين الفقهية لابن جزئ الكلبي - الدار العربية للكتاب - ليبيا - تونس ص ٢٥١ ، شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد عليش - مكتبة النجاح - طرابلس - لبنان ٤٧٥/٢ ومابعدها .

(٢٩) المجموع للنووي ٢٤٢/٩ ، المغني لابن قدامة ٢٥٠/٤.

(٣٠) المغني ٢٥٠/٤ .

الابتذال والامتهان بالبيع والشراء (٣١) لقوله تعالى : " ولقد كرمنا بنى آدم " (٣٢) .

واستدل الكاساني الحنفي على عدم مالية اللبن البشري بإجماع الصحابة رضي الله عنهم وبالمعقول .

أما إجماع الصحابة فما روي عن سيدنا عمر وسيدنا على رضي الله عنهما أنهما حكما في ولد المغرور (٣٣) أن للمستحق قيمته ومهر الأمة في مقابلة الوطء ، ولم يحكما بقيمة اللبن المستهلك ، مما يشعر بأنه ليس بمال للمستحق ، ولو كان مالا لكان أولى بأن يضمن من منافع البضع ، لأنها ليست بمال ، وإنما ضمنت لأهميتها فأنزلت منزل النفس ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهما أحد ، فكان بمنزلة الإجماع .

وأما المعقول فلأنه لا ينتفع به على الإطلاق ، إذ أنه يحرم على الكبير ، وإنما أبيح للطفل لضرورة التغذية ، إذ لا غنى للأطفال عنه ، وما لا يباح إلا للضرورة لا يكون مالا كالخمر والخنزير والميتة فإنه يتغذى بها عند الضرورة ولا تعتبر مالا ، وكذلك لو كان مالا لتعارف الناس على بيعه وشرائه في الأسواق (٣٤) .

وذكر الزيلعي أن لبن النساء في حكم المنفعة وإن كان عينا ، لأن الله تعالى جعل استحقاقه بعقد الإجارة ، وبيع مثله لا يجوز ، بخلاف لبن الأنعام فإن بيعه جائز ، لأنه ليس له حكم المنفعة ، ولا يستحق بالإجارة ، ولو استأجر رجل شاة أو بقرة على شرب لبنها لم تجز الإجارة (٣٥) قال محمد بن الحسن الشيباني : " جواز إجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على فساد إجارتها " (٣٦) .

---

(٣١) انظر : تبين الحقائق للزيلعي – دار المعرفة – بيروت ٤/٥٠ .

(٣٢) سورة الاسراء – آية (٧٠) .

(٣٣) المخدوع في شراء أمة تبين أنها ليست للبائع .

(٣٤) بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٥ ، وانظر : العناية على الهداية مطبوعة مع فتح القدير ٦/٤٢٤.

(٣٥) تبين الحقائق للزيلعي ٤/٥٠ .

(٣٦) البحر الرائق لابن نجيم ٦/٨٧ .

وأضاف الكمال بن الهمام إلى ذلك أن في إشاعة بيعه فتحا لباب فساد الأنكحة أو لإقدام الكبار على شربه وهو حرام (٣٧) .

فإن قيل إن أجزاء الآدمي مضمونة بالإتلاف فكذلك لبن المرأة أجيب بأن المضمون من أجزء الآدمي هو ما انتقص من الأصل دون غيره ، حتى لو نبتت التي قلعت سقط ضمانها ، إلا ما استوفي بالوطء ، فإنه يضمن وإن لم ينتقص شيئا تغليظا لأمر البضع فأنزل منزله النفس - كما ذكرنا ، بخلاف ما جز من صوف شاة مثلا فإنه يضمن وإن نبت غيره ، وإتلاف لبن المرأة لا ينقص شيئا من الأصل فلا يجب فيه الضمان (٣٨) .

دليل أبي يوسف :

استدل بأن حليب الأمة جزء منها ، والأمة مال تباع فكذا أجزاؤها ، وقد أجيب بأن الآدمي لم يبح بيعه إلا بحلول الرق فيه ، والرق لا يكون إلا في الحي ، لأنه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ، ولا حياة في اللبن فلا رق فيه (٣٩).

المناقشة والترجيح :

نلاحظ أن القائلين بالجواز يدعمهم قاعدة " الأصل في الأشياء الإباحة " ويشهد لهم عموم قوله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا " والمالية متحققة في لبن النساء لطهارته وفائدته ، والمال كما يعرفه الحنفية " : " هو ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره لوقت الحاجة " ، وهذا الوصف موجود في الحليب البشري .

ويتجه على الحنفية في قولهم أنه لا ينتفع به إطلاقا ، بل لضرورة تغذية الطفل فكان كالخمر والخنزير بأن هذا لا يسلب عنه الفائدة والمالية ولا يقتضي منع بيعه وشرائه ، بل كونه ضروريا للطفل يستلزم تيسير سبل توفيره وجمعه ، والحصول عليه استيهابا أو شراء ولا يصح قياسه على الخمر والخنزير والميتة من قبل أن

---

(٣٧) فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٢٤ .

(٣٨) المرجع السابق .

(٣٩) انظر : فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٢٤، وتبين الحقائق للزيلعي ٤/٥٠

هذه الأشياء محرمة بإطلاق على الكبار والصغار إلا في وقت الاضطرار، ولبن النساء مباح للأطفال على الدوام ولو وجد له بدائل أخرى من حليب الأنعام وغيره. كما أن استدلال الحنفية بتسمية القرآن لبدل الإرضاع أجرا على حرمة بيعه منفصلا فيه نظر ، بل هو أقرب دلالة على حل البيع منه إلى تحريمه ، لأن هذا العوض كان في مقابل الخدمة وتقديم اللبن إلى الطفل ، وسمي أجرا تغليبا لجانب الخدمة ، والقرآن سمي المهر الذي يملك به البضع أجرا ، وما ذلك إلا لما يلابسه من معاني الخدمة .

وأما الأثر الذي استدل به الكاساني عن عمر وعلى رضي الله عنهما فهو إن صح قول صحابي في فصل مجتهد فيه ، ومثله لا يكون حجة على الراجح ، وربما لم يحكما فيه بالضمان لأنه لا يقصد أساسا للاتجار، ومثله يتسامح فيه .

وقولهم : أنه لو كان مالا لاعتاد الناس بيعه لا معول عليه ، إذ عدم انتشار ذلك راجع لعدم الداعي إليه حينذاك ، وهذا لا ينفي عنه المالية .

ويمكن الاستدلال للحنفية بأن اللبن تابع للحم ، فما كان محرم اللحم لم يجز بيع لبنه كالخنزير والأتان ، ولحم إبن آدم محرم فحرم لبنه تبعا لذلك (٤٠) ولكن يرد على هذا أن تحريم لبن غير المأكول معلل بنجاسته ، ولبن الآدمي طاهر بإتفاق .

بقي أن يقال : هل بيع لبن النساء يتنافى مع الكرامة الآدمية التي ورد فيها التنزيل ؟ يبدو أن المسألة محتملة ، ولكن لا تصل إلى حد التحريم والله أعلم ، وبخاصة أن الآدمي نفسه – في حالة الرق – يباع ويشترى ، كما أن أعضاءه تضمن بالإتلاف ، حتى ولو قلنا : إن المضمون منها ما ينقص من أصل الإنسان فقط ، فإن الحليب ينقص من صحة المرأة وحيويتها ، فكان مضمونا بهذا الاعتبار .

وعلى ضوء ما سبق فالراجح في هذه المسألة أن بيع لبن النساء جائز مع الكراهة ، أما جوازه فلاتصافه بالطهارة والنفع مع قيام الحاجة إليه ، وأما الكراهة فلمكانة الآدمية ، ولما قد ينشأ عنه من محاذير تتعلق بالتحريم .

---

(٤٠) بداية المجتهد لابن رشد ١٢٨/٢ .
أنظر فتح القدير لابن الهمام ٤٢٤/٦، وتبين الحقائق للزيلعي ٥٠/٤.

المبحث الثالث:

هل يثبت التحريم بحليب هذه البنوك ؟

لا بد لنا قبل بيان الحكم في هذه القضية من بحث مسألتين مهمتين يتوقف عليها معرفة الحكم المطلوب .

أولاهما : هل يشترط للتحريم في الرضاع التقام الثدي ومص الحليب منه مباشرة أم يثبت التحريم بإيصال الحليب إلى جوف الطفل للتغذية على أي وجه كان ؟ .

وثانيتهما : ما هو القدر المحرم من الرضاع ؟

المسألة الأولى : هل يثبت التحريم بإدخال الحليب إلى جوف الرضيع أي وجه ولو من غير مص والتقام ؟ .

ذهب الفقهاء حيال هذه المسألة مذهبين :

المذهب الأول : يثبت التحريم من حيث المبدأ إذا وصل اللبن إلى جوف الطفل بالمص أو بالشرب أو بغيره ، وبه قال جمهور العلماء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في أصح الروايتين والزيدية ونقل عن الشعبي والثوري ، فذهب هؤلاء إلى عدم التفريق في التحريم بين تناول الحليب بالتقام الثدي ومصه مباشرة منه وبين تناوله شربا أو وجورا بصبه في وسط الفم من إناء ونحوه ، أو لدودا بصبه في طرف الفم ، أو سعوطا عن طريق الأنف ، ولا تحريم في الإقطار في الإحليل (٤١) وفي الجائفة (٤٢) والآمة (٤٣) لعدم وصوله إلى الجوف من جهة ، ولعدم

---

(٤١) الاحليل : مخرج البول من الانسان - لسان العرب لابن منظور فصل الحاء حرف اللام .

(٤٢) الجائفة : الطعنة التي تبلغ الجوف - لسان العرب - فصل الجيم حرف الفاء .

(٤٣) الآمة : الشجة التي تبلغ أم الدماغ حتى يبقى بينها وبين الدماغ جلدة رقيقة - لسان العرب - فصل الهمزة حرف الميم .

حصول التغذية والإنشاز به من جهة أخرى(٤٤) .

وأما إدخال الحليب عن طريق الاحتقان فذهب أكثر أصحاب هذا القول إلى ثبوت التحريم به من جهة أنه منفذ طبيعي ويفسد به الصوم ، وذهب الهادوية والحنية - ماعدا محمد بن الحسن - إلى عدم التحريم به ، لأنه لا تحصل به التغذية والإنشاز(٤٥) .

المذهب الثاني : لا يثبت التحريم إلا بالرضاع المباشر بالتقام الثدي ، وهو الرواية المرجوحة عن أحمد واختيار أبي بكر من الحنابلة ، وإليه ذهب أبو سليمان وداود وابن حزم والليث بن سعد (٤٦) وبه قال الإمامية (٤٧) وإليه مال بعض المحدثين (٤٨) .

أدلة المذهب الأول :

استدل الجمهور على أن لا فرق في التحريم بين الرضاع المباشر وغيره بعمومات النصوص القرآنية والحديثية ، كقوله تعالى : " وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة " (٤٩) وقوله صلى الله عليه وسلم : " الرضاعة

---

(٤٤) انظر : البحر الرائق لابن نجيم ٢٣٨/٣ ، تبين الحقائق للزيلعي ١٨٦/٢ ، فتح القدير لابن الهمام ٤٥٥/٣ ، الفتاوي الهندية ٣٤٤/١ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ط عيسى الحلبي ٥٠٣/٢، القوانين الفقه لابن جزئ ص ٢١١ ، الأم للشافعي دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت سنة ١٣٩٣ هـ ٢٧/٥ ، اعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين - للسيد البكري - مطبعة عيسى الحلبي ٢٨٦/٣، المغني لابن قدامة ٥٣٧/٧- ٥٣٨ نيل المآرب على دليل الطالب لعبد القادر الشيباني - تحقيق محمد سليمان الأشقر - مكتبة الفلاح بالكويت سنة ١٤٠٣ هـ ص ٢٨٦، البحر الزخار لأحمد بن يحى - مؤسسة الرسالة - بيروت سنة ١٣٦٦هـ ٢٦٧/٤ .

(٤٥) انظر : تبين الحقائق للزيلعي ١٨٦/٢، الفتاوي الهندية ٣٤٤/١ ، سبل السلام للصنعاني ٢١٤/٣ .

(٤٦) المغني لابن قدامة ٥٣٨/٧ ، المحلى لابن حزم - دار الفكر ٧/٧.

(٤٧) الفقه على المذاهب الخمسة لمحمد جواد مغنية - دار القلم للملايين - بيروت ص ٣١٧ .

(٤٨) ذهب اليه الدكتور يوسف القرضاوي - انظر : مجلة سيدتي - السنة الرابعة - عدد ٢٠٤ص ٨٢-٨٣ .

(٤٩) سورة النساء - آية (٢٣) .

تحرم ما تحرم الولادة "(٥٠) فهذه النصوص لم تشترط الالتقام فتبقى على عمومها ، ثم إن قوله صلى الله عليه وسلم : " .... فإنما الرضاعة من المجاعة" (٥١) مشعر أن الرضاعة المحرمة ماكان بها سد الجوع ودفعه من غير تقييد بالتقام أو غيره (٥٢).

واستدلوا كذلك بأن سبب التحريم شبهة الجزئية بنشوز العظم وإنبات اللحم كالجزئية بالإعلاق في حرمة المصاهرة ، وهذه الجزئية ناشئة عن التغذية باللبن ولا علاقة لها بالالتقام والالتصاق (٥٣) .

وقد رد ابن حزم على هذا الاستدلال بأنه لا يجوز قياس تناول الحليب بالشرب من الإناء على الارتضاع مباشرة ، وإلا جاز قياس لبن الشاة على لبن الأم في التحريم ولا قائل (٥٤) .

أدلة المذهب الثاني :

استدل الظاهرية ومن وافقهم على مذهبهم بأن الرضاع لغة هو مص الطفل الحليب من ثدي المرأة عن طريق الالتقام وعليه ينزل قوله تعالى :

" وأمهاتكم اللآتي أرضعنكم (٥٥) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " الرضاعة تحرم ماتحرم الولادة " (٥٦) وما أشبهه من الأحاديث ، وإدخال اللبن إلى جوف

---

(٥٠) رواه مالك والشيخان واللفظ للبخاري عن عائشة رضي الله عنها ، انظر : صحيح البخاري مع فتح الباري – دار المعرفة – بيروت ١٢٠/٩، صحيح مسلم بشرح النووي – دار احياء التراث العربي بيروت ١٨/١٠ ، الموطأ مع شرح الزرقاني ٢٣٧/٣ – ٢٣٨ .

(٥١) روى البخاري عن عائشة رضي الله عنها " أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فكأنه تغير وجهه ، كأنه كره ذلك ، فقالت : انه أخي ، فقال : انظرن ما أخواتكن فانما الرضاعة من المجاعة " صحيح البخاري مع فتح الباري ١٢٦/٩ .

(٥٢) انظر : فتح الباري لابن حجر ١٢٧/٩، وسبل السلام للصنعاني ٢١٤/٣ .

(٥٣) انظر : الهداية وشروحها ٤٣٨/٣ .

(٥٤) المحلى لابن حزم ٧/ ٧-٨ .

(٥٥) سبق تخريجها .

(٥٦) سبق تخريجه .

الطفل من الإناء من غير التقام الثدي لا يسمى رضاعا في لغة العرب التي نزل بها القرآن ، إنما هو حلب وطعام وبلع وحقنة وسعوط ، ولم يحرم الله شيئا بذلك ، وهذا يشبه ما لو دخل الحليب من جرح في البدن فلا يتعلق به التحريم (٥٧) .

وقريب من ذلك ما ذهب إليه الدكتور القرضاوي من أن أساس التحريم هو الأمومة المرضعة ، أخذا من قوله تعالى : " وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة " وهذه الأمومة لا تتكون إلا بأخذ اللبن بالالتقام والالتصاق والاحتضان الذي يتجلى فيه حنان الأمومة وتعلق البنوة " وهذه الأمومة هي الأصل في التحريم وعنها تتفرع إلى الأخوة والحواشي (٥٨) .

المناقشة والترجيح:

علينا بادئ ذي بدء أن نتساءل هل التحريم بالرضاع أمر تعبدي يوقف فيه عند ظاهر النص أم أنه معقول المعنى يبحث فيه عن علة التحريم وحكمته ؟ ، فإن كان حكما تعبديا فلا شك أن التحريم به لا يثبت إلا بالارتضاع مباشرة من الثدي ، لأنه المراد بظاهر اللفظ كما تدل على ذلك قواميس اللغة ، ولكن في الواقع أنه معقول المعنى يدرك العقل علته التي أومأت النصوص إليها ، والتعليل هو الأصل في الأحكام الشرعية التي جاءت لتحقيق مصلحة العباد على مقتضى الحكمة الإلهية البالغة ، ويستثنى من ذلك أصول العبادات والكفارات والمقادير والحدود والرخص فإن تعليلها محل خلاف (٥٩) ، وليس الرضاع منها ولا من شاكلتها ، وقد أجرى في الشرع مجرى النسب ، إذ أن الله سبحانه وتعالى سمى المرضعة أما للرضيع وسمى المراضعة أختا له فأومأ بذلك إلى أن جهة الرضاع كجهة النسب ، وقد أكدت السنة ذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم لما طلب إليه أن يتزوج ابنة عمه حمزة : " إنها لا تحل لي ، إنها أختي من الرضاعة ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب (٦٠) " ، ولما كان التحريم بالنسب معقول المعنى كان نظيره وهو التحريم بالرضاع معقولا كذلك .

---

(٥٧) انظر : المحلي ٧/٧ .

(٥٨) من فتوى له نشرت في مجلة سيدتي عدد ٢٠٤ ص ٨٢ – ٨٣ .

(٥٩) ذهب الشافعية وأحمد الى تعليل هذه المسائل باستثناء العبادات خلافا للحنفية – انظر : التبصرة في أصول الفقه للشيرازي – تحقيق وشرح د. محمد حسن هيتو ص ٤٤٠ .

(٦٠) متفق عليه من حديث ابن عباس – انظر : نيل الأوطار للشوكاني ١٤١/٨.

وإذا ثبت ذلك فما الأساس في التحريم بالرضاع ؟ هل هو ما يترتب عليه من مشاعر الأمومة وحنانها التي لا تحصل إلا بالالتقام والمص المباشر ، أم أن الأساس فيه كونه مظنة لحصول البعضية بين الرضيع ومرضعته لما يترتب على التغذية بلبن المرأة من انبات اللحم وإنشاز العظم ؟ والواقع أن مشاعر الأمومة وحنانها لا تصلح أساسا للتحريم على أهميتها ومكانتها ، وذلك لعدم دوران (٦١) التعليل بها ، ولبطلانه بالنقض(٦٢) وعدم العكس (٦٣) فالتحريم قد ينتفي مع وجودها وقد يثبت مع انتفائها، فلو أن إمرأة ليست ذات لبن احتضنت طفلا وألقمته ثديها ، وأحاطته بكل مظاهر الرعاية وحنان الأمومة ولمدة طويلة ، لم تحرم عليه بالاتفاق ، وكذلك لو أن إمرأة أرضعت طفلا بثديها ، ولم تشعر نحوه بأي عاطفة أو حنان لسبب من الأسباب كمعاناة من أزمة نفسية أو صحية أو غير ذلك ، فإن التحريم يثبت قطعا ، فدل ذلك على أن المؤثر في التحريم ليس مشاعر الحنان والعطف التي تتولد من الاحتضان والالتصاق ، وإنما السبب الحقيقي للتحريم الذي دل عليه النظر وأومأ إليه الأثر هو حصول البعضية بنشوز العظم وإنبات اللحم ، كالبعضية الناشئة عن الإعلاق في حرمة المصاهرة، ويشير إلى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : " لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء(٦٤) " وقوله : " لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم (٦٥) " وكما أن الإعلاق أمر خفي جعل مظنته وهو الوطء علة التحريم ، فكذلك نشوز العظم وإنبات اللحم أمر خفي فأقيم الإرضاع مقامه ، لأنه مظنة له (٦٦)

وأما استدلال بعضهم بأن وصف المرضعة بصفة الأمومة في كتاب الله " وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم " مشعر بمعنى العطف والالتصاق بالطفل ولا يكون إلا

---

(٦١) الدوران : أن يحدث الحكم بحدوث وصف وينعدم بعدمه .

(٦٢) النقض : ابداء الوصف بدون الحكم – انظر : الأسنوي على منهاج الوصول مطبوع مع شرح البدخشي – مطبعة محمد على صبيح ٧٦/٣ .

(٦٣) عدم العكس : عدم انتفاء الحكم بانتفاء علته – المرجع السابق ٨٨/٣ .

(٦٤) قال الصنعاني : أخرجه الترمذي وصححه من حديث أم سلمة – انظر : سبل السلام ٢١٤/٣ ، ٢١٧ وانظر أيضا سنن البيهقي ٤٥٦/٧، نيل الأوطار ١٣٨/٨ .

(٦٥) رواه أبو داوود عن ابن مسعود رضي الله عنهما – انظر : سبل السلام للصنعاني ٢١٨/٣

(٦٦) انظر : شرح العناية على الهداية ٤٣٨/٣ .

في الرضاع المباشر – ليس ناهضا ؛ لأن هذه التسمية ناشئة عن التحريم وليس التحريم ناشئا عنها ، قال الواحدي : " سماهن أمهات لأجل الحرمة كما أنه تعالى سمى أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أمهات المؤمنين في قوله تعالى : " وأزواجه أمهاتهم " (٦٧) لأجل الحرمة (٦٨) .

ويبدو هنا ملحظ آخر في هذه التسمية، وقد أشار إليه الشيخ شلتوت في فتاواه (٦٩) وهو الإشارة إلى طول فترة الرضاع ، كما يحصل في إرضاع الأمهات النسبيات ، وكما كان معهودا في الرضاع عند العرب في عهد التنزيل وقبله ، حيث كانوا يرسلون أطفالهم إلى البادية للرضاع والتربية مدة طويلة .

ولما كانت الجزئية أو شبهتها هي الحكمة الحقيقية في التحريم فإنها تتحقق في الرضاع المباشر وبشرب الحليب من إناء ونحوه ولا فرق ، لأنه يحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم مايحصل بالارتضاع ، والغاية الحقيقية من الرضاع هي توصيل اللبن إلى جوف الطفل لتغذيته ، وحمله لغويا على خصوص الالتقام فجري على الغالب المعهود ، وليس ثمة مايمنع من إطلاقه على أي طريق توصل الحليب إلى الطفل ، ويؤيد هذا أمره صلى الله عليه وسلم لسهلة بنت سهيل إمرأة أبي حذيفة أن ترضع سالما خمسا لتحرم عليه (٧٠) فليس المقصود هنا مص الثدي ، لأنه مباشرة أجنبية بشفتيه وهو محرم ، وإنما المراد أن تحلب له من إناء ونحوه فيشرب منه ، وقد سمي الحديث هذا الشرب رضاعا ، وقد استحسن النووي تأويل الحديث على هذا النحو (٧١) وفي نظري هو الأقرب ، بل هو المتعين ، وأما حمله على ظاهره واعتبار ذلك خصوصية فأمر مستبعد لما ينشأ عنه من مفاسد كشف العورة ولمسها وثوران الشهوة التي لا تكون مجالا للاستثناء

---

(٦٧) سورة الأحزاب – آية (٦) .

(٦٨) تفسير الرازي – دار الفكر ٣٠/١٠ .

(٦٩) انظر : فتاوى الشيخ شلتوت – دار الشروق – ص ٢٨٤ .

(٧٠) رواه أحمد والنسائي والشافعي في الأم عن مالك عن الزهري عن عروة مرسلا ورواه أبو داوود والبيهقي مطولا ، وروى البخاري قسما منه – أنظر : نيل الأوطار ١٣٢/٨ – ١٣٣

(٧١) فتح الباري لابن حجر ١٢٧/٩ .

والتمييز ، وأبعد منه ما ذهب إليه ابن حزم من القول بإباحة الرضاع المباشر مطلقا لكل كبير يريد تحريم امرأة عليه .

ومنع ابن حزم قياس شرب الحليب على ارتضاعه وإلا لجاز في نظره قياس لبن الشاه على لبن الأم ضعيف وباطل ، لأن التحريم ورد في لبن النساء ولم يرد في لبن الشياه .

المسألة الثانية : القدر المحرم من الرضاع :

تعددت أقوال العلماء في القدر المحرم من الرضاع وأشهرها ثلاثة :

القول الأول : يحرم قليل الرضاع وكثيره ، وبه قال الحنفية والمالكية وأحمد في رواية مرجوحة عنه والهادي والقاسم والجنيد من الأمامية والأوزاعي والثوري وسعيد بن المسيب ومكحول والزهري وقتادة وحماد ، وهو مذهب علي وابن عباس وإبن عمر وجمهور التابعين (٧٢) ونقل غير واحد عن الليث بن سعد قوله : " أجمع المسلمون على أن كثير الرضاع وقليله يحرم في المهد كما يفطر الصائم (٧٣) وفي الحقيقة أن دعوى الإجماع غير صحيحة لوجود الاختلاف فيه عند السلف والخلف ، ويبعد أن يخفى ذلك على الليث ، بل نقل عنه نفسه أن التحريم لا يثبت بأقل من خمس رضعات ، فكيف يخالف الإجماع لو ثبت عنده ؟.

القول الثاني : لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات مشبعات في خمسة أوقات متفاصلة ، وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد في ظاهر المذهب عنه وإبن حزم ، وبه قالت عائشة في أصح الروايات عنها ، وعبد الله بن الزبير وعبد الله

---

(٧٢) أنظر : تبين الحقائق للزيلعي ١٨١/٢ ، ١٨٢ ، فتح القدير لابن الهمام ٤٣٨/٣ ، الفتاوي الهندية ٣٤٢/١ ، التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل ١٧٨/٤ ، الزرقاني على الموطأ ٢٤٠/٣ القوانين الفقهية لابن جزئ ص ٢١١، الثمر الداني لصالح الأزهري مكتبة المنار بتونس ص ٤٨٢ المقنع لابن قدامة مكتبة الرياض ١٤٠٠هـ ٢٩٨/٣، نيل المآرب على دليل الطالب لعبد القادر الشيباني - مكتبة الفلاح بالكويت سنة ١٤٠٣هـ ص ٢٨٥، المحلي لابن حزم ١٢/٧ ، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للسياغي - مكتبة المؤيد ٣١٧/٤، قلائد الدرر لأحمد الجزائري - مطبعة النعمان بالنجف الأشرف ٩٣/٣ .

(٧٣) تبين الحقائق ١٨٢/٢ ، المغني لابن قدامة ٥٣٦/٧ ، نيل الأوطار ١٣٣/٧ .

ابن مسعود في قول عنه وعطاء وطاوس وسعيد بن جبير وعروة بن الزبير في رواية عنهما وحكاه إبن القيم عن الليث ابن سعد (٧٤) .

القول الثالث : لا تحريم إلا بثلاث رضعات فأكثر ، وهو رواية عن أحمد ، وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وداود وابن المنذر وسليمان بن يسار وسعيد بن جبير في رواية ثانية عنه وإسحاق بن راهوية (٧٥) ، وروى عن زيد بن على (٧٦) ونقل الشوكاني عن صاحب البحر أنه مذهب زيد بن ثابت (٧٧) وحكاه القرطبي عن عائشة وابن الزبير(٧٨) . وقد أغرب إبن حجر حيث قال : " وأغرب القرطبي فقال : " لم يقل به إلا داود (٧٩) " فإن القرطبي نسبه لعدد من العلماء الذين سبق ذكرهم (٨٠) .

ونقل عن عائشة أنها تشترط في التحريم سبع رضعات ، وقيل : عشرا ، وهو مروي عن حفصة رضي الله عنها (٨١) وعليه أكثر المتقدمين من الشيعة الإمامية، وذهب أكثر المتأخرين منهم إلى أن لا تحريم في أقل من خمس عشرة رضعة ، ونقل عنهم كذلك التقدير بالزمان ، والمشهوز أنه يوم وليلة ، وقيل : سنة ، وقيل سنتان (٨٢) . ولا يخفى ضعف هذه الأقوال ، ولذلك سنقتصر في البحث على الأقوال الثلاثة المشهورة .

---

(٧٤) الأم للشافعي – دار المعرفة – بيروت سنة ١٣٩٣ هـ ٢٧/٥ ، الشرقاوي على التحرير – دار المعرفة بيروت ٣٤١/٢ ، اعانة الطالبين ٢٨٦/٣ ، المقنع ٢٩٨/٣ ، شرح منتهى الارادات ٢٣٧/٣ ، المغنى ٥٣٥/٧– ٥٣٦ ، نيل الأوطار ١٣٣/٧ .

(٧٥) المغني لابن قدامه ٥٣٦/٧ ، المحلى ١٠/٧ ، فتح القدير ٤٣٩/٣ .

(٧٦) الروض النضير ٣١٨/٤ .

(٧٧) نيل الأوطار ١٣١/٧ .

(٧٨) تفسير القرطبي – دار الكاتب العربي بالقاهرة سنة ١٣٨٧ هـ ١١٠/٥ .

(٧٩) فتح الباري ١٢٦/٩ .

(٨٠) انظر : تفسير القرطبي ١١٠/٥ وقد جاء فيه وهو يتحدث عن هذا القول : " وهو مروي عن عائشة وابن الزبير وبه قال أحمد واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد".

(٨١) انظر : المحلى ١٠٦٩/٧ .

(٨٢) انظر : قلائد الدرر للجزائري ٩٣/٣ ومابعدها ، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى لأبي جعفر الطوسي – دار الكتاب العربي – بيروت ص ٤١٦ .

أدلـة القـول الأول :

إستدل القائلون بالتحريم بقليل الرضاع وكثيره بإطلاق قوله تعالى : " وأمهاتكم اللآتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة (٨٣) " فقد علقت الآية التحريم بالرضاع من غير تقييد بعدد ، والتقييد به زيادة ، والزيادة عند الحنفية نسخ ، ولا ينسخ القرآن بالآحاد ، وقالوا : قد وردت أحاديث كثيرة في التحريم وكلها مطلقة منها :

ما روته عائشة رضي الله عنها إن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة " (٨٤)

ومارواه مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أريد على ابنة حمزة فقال : " إنها لا تحل لي إنها إبنة أخي من الرضاعة ، ويحرم من الرضاعة مايحرم من الرحم " (٨٥) وقد أجاب القائلون بالعدد أنه قد ورد ذكر العدد في أحاديث أخرى تقيد هذا الإطلاق فوجب حمل المطلق على المقيد جمعا بين الأدلة .

واستدل الحنفية ومن وافقهم كذلك بما رواه البخاري بسنده عن عقبة بن الحارث قال : " تزوجت امرأة فجاءتنا امرأة سوداء فقالت : أرضعتكما فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت : تزوجت فلانة بن فلان ، فجاءتنا امرأة سوداء فقالت لي : أني قد أرضعتكما ؟ وهي كاذبة ، فأعرض عني فأتيته من قبل وجهه قلت : إنها كاذبة ، قال : كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، دعها عنك (٨٦) فالنبي صلى الله عليه وسلم لم يستفصل من المرأة عن عدد الرضعات .

وقد أجاب ابن حجر على ذلك بأنه لا يلزم من عدم ذكر العدد عدم إشتراطه لإحتمال أن يكون ذلك قبل تقرير حكمه ، أو بعد استشهاره ، فلم يحتج لذكره في كل واقعة(٨٧) والدليل يسقط مع الاحتمال .

---

(٨٣) سورة النساء آية (٢٣) .

(٨٤) رواه مالك والشيخان وقد سبق تخريجه .

(٨٥) مسلم بشرح النووي ٢٣/١٠ .

(٨٦) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ١٣٢/٩ .

(٨٧) المرجع السابق .

وأجاب الشوكاني كذلك بأن في أحاديث العدد زيادة على الإطلاق المستشعر من ترك الاستفصال ، فيتعين الأخذ بها (٨٨) .

ومن أدلتهم كذلك بأن عدم التحديد هو مذهب عدد كبير من الصحابة والتابعين كما ذكرنا .

فقد روى البيهقي أن شريحا حدث أن عليا وابن مسعود رضي الله عنهما قالا : " يحرم من الرضاع قليه وكثيره " ، وروي عن إبن عباس رضي الله عنهما مثل ذلك (٨٩) .

وروى عن عمرو بن دينار قال : " سئل ابن عمر رضي الله عنهما عن شئ من أمر الرضاع فقال : لا أعلم إلا أن الله قد حرم الأخت من الرضاعة ، فقلت : إن أمير المؤمنين ابن الزبير يقول : " لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ولا المصة ولا المصتان " ، فقال ابن عمر : " قضاء الله خير من قضائك وقضاء أمير المؤمنين معك " (٩٠) .

وروى مالك في الموطأ عن إبراهيم بن عتبة أنه سأل سعيد بن المسيب عن الرضاعة فقال سعيد : " كل ما كان في الحولين وإن كانت قطرة واحدة فهو يحرم ، وما كان بعد الحولين فإنما هو طعام يأكله " ، قال إبراهيم بن عتبة : " ثم سألت عروة بن الزبير فقال مثل ما قال سعيد بن المسيب" (٩١) .

قالوا : فمذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين والأئمة عدم اعتبار العدد في التحريم ، مع علمهم بحديث المصتين وحديث خمس الرضعات ، مما يدل على أنهم تركوها لعلة من نسخ أو معارض يوجب تركها وإن صح إسنادها .

واحتجوا من المعقول بأن كل علة حكم تحريم مؤبد كثبوت المصاهرة بالنكاح والوطء لا يشترط فيه العدد ولا التكرار ، وكذلك الحال في الفطر في رمضان ، وقالوا : إن شبهة البعضية التي هي أساس التحريم أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل

---

(٨٨) نيل الأوطار ١٣٤/٨ .

(٨٩) سنن البيهقي ٤٥٨/٧ .

(٩٠) المرجع السابق .

(٩١) الموطأ بشرح الزرقاني ٢٤٢/٣ .

الرضاع كما في السفر والتقاء الختانين ونحوهما (٩٢) وهذه البعضية تحصل بالقليل والكثير من الرضاع ، إذ لكل واصل إلى الجوف قسطه من التغذية ، فكان الرضاع مطلقا مظنة لها بالنسبة للصغير (٩٣) .

أدلة القول الثاني " لا تحريم إلا بخمس رضعات " :

استدل الشافعية ومن وافقهم على أن لا تحريم في أقل من خمس رضعات مشبعات متفاصلة بما يلي :

أولا : بما روت عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت : " كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن ".

رواه مالك ومسلم وأبو داوود والنسائي وابن ماجه (٩٤) .

وإعتبر الشافعية أن هذا مما نسخ تلاوته وبقى حكمه مثل " الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة . " (٩٥) وان النسخ كان متأخرا جدا حتى انه صلى الله عليه وسلم توفى وبعض الناس يتلوها على أنها قرآن لأنه لم يبلغه النسخ لقرب عهده ، ولما بلغهم النسخ بعد ذلك تركوا تلاوتها ، ولم يثبتوها في القرآن ، وبعضهم تأول التلاوة على تلاوة الحكم واعتقاده وهو التحريم (٩٦) .

ثانيا : بما جاء عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر امرأة أبي حذيفة فأرضعت سالما خمس رضعات وكان يدخل عليها بتلك الرضاعة(٩٧)

---

(٩٢) انظر : تبين للزيلعي ١٨٢/٢ .

(٩٣) انظر : الروض النضير ٣١٧/٤ ،فتح القدير ٤٤١/٣ .

(٩٤) انظر : مسلم بشرح النووي ٢٩/١٠ ، الأم للشافعي ٢٦/٥ ، نيل الأوطار ١٣١/٨ - ١٣٢

(٩٥) أشار البخاري ومسلم الى آية الرجم بدون ذكر ألفاظها ، وذكرها بنصها مالك في الموطأ والنسائي في سننه ، والاسماعيلي - انظر : سبل السلام للصنعاني ٨/٤ .

(٩٦) النووي على مسلم ٢٩/١٠ ، الشرقاوي على التحرير ٣٤٢/٢ .

(٩٧) سبق تخريجه - أنظر : نيل الأوطار ١٣٢/٨ - ١٣٣ .

قالوا : ويؤخذ من مفهوم العدد في هذا الحديث والذي قبله على أن لا تحريم في أقل من خمس رضعات . وبهذا تكون السنة مفسرة لما جاء في القرآن الكريم من الرضاع ، كما فسرت المراد بالسارق الذي يقطع ، وهو من سرق من الحرز ربع دينارا فصاعدا ، وكما بينت الزاني الذي يجلد وهو البكر دون الثيب (٩٨) .

ولا يقال : إن هذا احتجاج بمفهوم العدد ، وهو ليس بحجة عند الأكثرين ، لأن الخلاف في حجيته حيث لا قرينة على إعتباره ، وهنا قرينة عليه وهو ذكر نسخ العشر بالخمس ، وإلا فلا فائدة لذكرها (٩٩) .

وتأيد هذا القول بذهاب بعض الصحابة إليه منهم عائشة وعبد الله بن الزبير وعبد الله بن مسعود في قول ، كما ذكرنا سابقا .

رد الحنفية ومن معهم من الجمهور :

وقد رد الحنفية على حديث عائشة الأول بأنه لا حجة فيه ، لأن عائشة ذكرت – فيما يظهر – أنه قرآن ، وقد جاء في رواية أنها قالت :

"ولقد كان في صحيفة تحت سريري فلما مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وتشاغلنا بموته دخل دواجن فأكلنها " . وقد ثبت أنه ليس من القرآن لعدم التواتر ، ولعدم إثباته في المصحف ، ولا حجة في قراءة الآحاد ، ولا يعتبر خبرا ، لأنها روته على أنه قرآن (١٠٠) .

وقد اعتبر ابن الهمام الحنفي أن الحديث منقطع باطنا وإن صح إسناده ، لأن ظاهره يفيد أن الرضعات الخمس لم تنسخ من القرآن ، وهذا يثبت قول الروافض بذهاب كثير من القرآن لم يثبته الصحابة ، ولا تجوز الزيادة في القرآن ولا النقص منه بعده صلى الله عليه وسلم ، فكيف نسخ بعد ذلك ؟

وأما القول بأنه منسوخ التلاوة مع بقاء الحكم فيجاب عنه بأن ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج إلى دليل ، وإلا فالأصل أن ينسخ المدلول بنسخ الدال إلا

---

(٩٨) أنظر : الأم للشافعي ٥/٢٧ .

(٩٩) أنظر : الشرقاوي على التحرير ٢/٣٤٢ .

(١٠٠) أنظر : تبين الحقائق ٢/١٨٢ .

أن يثبت خلافه ، وهذا بخلاف آية الرجم المنسوخة التلاوة ، فإن الرجم ثابت بأدلة أخرى من السنة والإجماع ، ولو لم تكن هذه الأدلة لما ثبت الرجم بها (١٠١) .

وأجابوا عن الحديث الثاني بأن مسلما روى الحديث ولم يذكر عددا ، وكذلك السنن المشهورة . وقال عنه صاحب النار : أنه واقعة حال ، وإن العدد لا مفهوم له ، وليس فيه مايدل على الحصر ، وهو مخالف لروايتها في الصحيحين : " إنما الرضاعة من المجاعة (١٠٢) ومخالف لما عليه جماهير العلماء ولم يعمل به الشافعية في رضاع الكبير (١٠٣) .

واستدلوا كذلك على وهن أحاديث عائشة في العدد باضطراب الروايات عنها في القدر المحرم ، فقد جاء عنها أنها كانت لا تعتبر في التحريم إلا عشر رضعات ، وفي قول : سبع رضعات – كما أسلفنا :

ففي البيهقي عن نافع عن سالم بن عبد الله أخبره أن عائشة رضي الله عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم أرسلت به وهو يرضع إلى أختها أم كلثوم فأرضعته ثلاث رضعات ، ثم مرضت فلم ترضعه غير ثلاث رضعات ، فلم أكن أدخل على عائشة رضي الله عنها من أجل أن أم كلثوم لم تكمل لي عشر رضعات (١٠٤) .

وأسند ابن حزم عن إبراهيم بن عقبة سألت عروة عن الرضاع فقال : " كانت عائشة لا ترى شيئا دون عشر رضعات فصاعدا " (١٠٥) . وروى بسنده كذلك عن عبد الله بن الزبير عنها قالت : " إنما تحرم من الرضاع سبع رضعات " (١٠٦) .

ثم إن رواية الخمس وردت على صور مختلفة ، فبعضها يدل على أن حكم العشر نزل أولا ، وبعد تراخي العمل بها نسخت بالخمس ، كما يؤخذ من رواية

---

(١٠١) أنظر : فتح القدير ٣/٤٤٠ .

(١٠٢) سبق تخريجه – أنظر : سبل السلام ٣/٢١٤ .

(١٠٣) تفسير المنار – دار المعرفة – بيروت ٤/٤٧٢ .

(١٠٤) سنن البيهقي ٧/٤٥٧ .

(١٠٥) المحلى لابن حزم ٧/١٠ .

(١٠٦) المرجع السابق .

مسلم ، وبعضها يفيد أن حكم العشر والخمس نزل مرة واحدة كما في رواية ابن ماجه " كان فيما أنزله الله عز وجل من القرآن ثم سقط : لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس معلومات"(١٠٧) . فهذا الاضطراب في الروايات عنها يضعف حديث الخمس رضعات ، ولذلك قال الطحاوي : إنه حديث منكر وإنه من صيارفة الحديث ، ولئن ثبت فيحتمل أنه كان في رضاع الكبير فنسخ العدد بنسخ رضاع الكبير (١٠٨) .

وقال الكاساني : هذه الأحاديث إن ثبتت فهي مبيحة ، وأدلتنا محرمة ، والمحرم يقدم على المبيح احتياطا ، ثم إن مما يدل على أن مدى كمية الحليب لا مدار عليها في التحريم ان الجرعة الكبيرة لا تحرم عند الشافعي وإن كانت أكثر من خمس رضعات صغيرات متفرقات ، وأشد تأثيرا منها في إنبات اللحم وإنشاز العظم (١٠٩) .

واستبعد صاحب المنار أن يكون في التحريم بالرضاع نسخ ، لأن حكمة النسخ هي التدرج كما وقع في تحريم الخمر ، ولكن هناك فرقا بين الخمر والرضاع ، فإن شرب الخمر يحدث ضراوة عند الشارب تغريه بالعودة إليه مما يشق عليه تركه فجأة ، وليس كذلك نكاح المرضعة أو ابنتها ، فلا يظهر للنسخ حكمة ولا يتفق مع علة التحريم (١١٠)

أدلة القول الثالث

" المعتبر في التحريم ثلاث رضعات فأكثر " :

عمدة ما استدل به أصحاب هذا القول ما روته عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا تحرم المصة ولا المصتان " رواه الجماعة إلا البخاري (١١١) . وماروته أم الفضل أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم : " أتحرم المصة ؟ فقال : " لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصة والمصتان " رواه أحمد ومسلم (١١٢) وروى نحو ذلك عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما (١١٣) .

---

(١٠٧) أنظر : نيل الأوطار ١٣٢/٨ ، تفسير المنار ٤٧٣/٤ .

(١٠٨) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٤-٨ .

(١٠٩) المرجع السابق .

(١١٠) تفسير المنار ٤٧٤/٤.

(١١١) ، (١١٢) ،(١١٣) : أنظر : نيل الأوطار ١٣٠/٨ .

فهذه الأحاديث تدل بمنطوقها على أن الرضعة والرضعتين لا يثبت بهما التحريم ، وتدل بمفهومها على ثبوت التحريم بالثلاث فما فوق .

إجابة الشافعية ومن وافقهم :

قالوا : إن مفهوم حديث الرضعات الخمس مقدم على مفهوم حديث " المصة والمصتان " لاعتضاده بالأصل وهو عدم التحريم ، ولاشتماله على زيادة فوجب قبولها والعمل بها، وقد تقرر في علم المعاني والبيان أن الإخبار بالفعل المضارع يفيد الحصر ، لا سيما إذا بني الفعل على المنكر ، بل صرح بالحصر في رواية ابن ماجه " لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس رضعات " فاجتمع في الخمس مفهوم العدد ومفهوم الحصر فلزم ترجيحه (١١٤) .

وذكر الشوكاني أنه لو سلمنا باستواء المفهومين ، وعدم ترجيح أحدهما على الآخر ، فإنهما يتساقطان حينئذٍ ، ويحمل إطلاق الآية على الخمس ، لأنه ورد به النص ، ولم يرد بما دونه إلا مفهوم حديث " المصة والمصتان " والمفروض أنه قد سقط (١١٥) .

إجابة الحنفية ومن قال بنفي العدد :

وأما الحنفية فقد أجابوا بثلاثة أجوبة :

١- ذكروا أن في حديث " المصة والمصتان ... " اضطرابًا في السند ، لأن مداره على عروة بن الزبير ، ومذهبه أن القطرة الواحدة تحرم ، والراوي إذا عمل بخلاف روايته دل على وهن الحديث ، إذ لوثبت عنده لعمل به (١١٦) .

٢- قالوا : يحتمل أن عدم التحريم بالمصة والمصتين للشك في وصول الحليب إلى جوف الطفل لضعيف الطفل حتى يتكرر منه المص ، وأما رواية " الرضعة والرضعتان " فيحتمل أنها رواية بالمعنى ، أي أن الراوي إعتقد أن الرضعة هي المصة فعبر بها عنها ، والحديث إذا كان محتملا لا يصلح

---

(١١٤) انظر : الروضة الندية شرح الدرر البهية / صديق بن حسن القنوجي البخاري ٨٥/٢ - ٨٦ ، والشرقاوي على التحرير ٣٤٢/٢ .

(١١٥) نيل الأوطار ١٣٥/٨ .

(١١٦) انظر : بدائع الصنائع ٨/٤ .

للاستدلال ، ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما : " إذا عقى الصبي فقد حرم " (١١٧) حين سئل عن الرضعة الواحدة هل تحرم ؟ والعقي إسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد إذا وصل اللبن إلى جوفه (١١٨) . ويمكن أن يقوى هذا الاحتمال كذلك أن الرضعات المحرمة في حديث عائشة وصفت بأنها معلومات ، تحرزا عن حالات الشك والوهم (١١٩) .

٣- ذكروا أن التقدير بالعدد كله منسوخ ، صرح ابن عباس رضي الله عنهما بنسخه حين قيل له : إن الناس يقولون : إن الرضعة لا تحرم ، فقال : كان ذلك ثم نسخ " (١٢٠) وعن ابن مسعود رضي الله عنهما قال : آل أمر الرضاع إلى أن قليله وكثيره يحرم " (١٢١) .

المناقشـــة والترجـيـح :

إذا أمعنا النظر في أدلة القائلين بثبوت التحريم بقليل الرضاع وكثيره نجد أن عمدتهم في الاستدلال الإطلاق الوارد في آية الرضاع وبعض الأحاديث بالإضافة إلى ما نقل من أقوال السلف ، وتركوا الأحاديث الكثيرة التي قيدت هذا الإطلاق بحجة الاضطراب أو بدعوى النسخ ، والأصل أن يصار إلى الجمع بين الأدلة عند التعارض لا إلى إعمال بعضها وإهمال الآخر، والقول الثاني " التحريم بالخمس فما فوق " هو الذي يحقق هذا الجمع ، وهو الراجح في تقديرنا لما يلي : -

إن الإطلاقات التي احتج بها أصحاب القول الأول محتملة لأن يقصد بها أصل الرضاع أو رضاع معين ، كما في كثير من إطلاقات القرآن ، ولا بد من الرجوع إلى السنة النبوية لتلمس البيان والتوضيح ، وقد صرحت السنة بأن لا تحريم في الرضاع القليل ، وذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : " لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ولا المصة ولا المصتان " .

---

(١١٧) ورد في بدائع الصنائع للكاساني ٨/٤ ولم أجده في كتب الحديث .

(١١٨) انظر : بدائع الصنائع ٨/٤ ، تبين الحقائق ١٨٢/٢ .

(١١٩) انظر : تفسير القرطبي ١١٠/٥ - ١١١ .

(١٢٠) ، (١٢١) ذكرهما صاحب فتح القدير ٤٤٠/٣ ولم أجدهما في كتب الحديث بهذا النص ، ولكن ورد فيها قولهما : يحرم من الرضاع قليله وكثيره أو ما في معناه - أنظر سنن البيهقي ٤٥٨/٧ ونيل الأوطار ١٣٤/٨ .

وما ذكر في هذا الحديث من اضطراب في السند لعمل راويه عروة بخلافه فضعيف من جهة أنه جاء عن غير طريق عروة فقد أخرجه مسلم في الصحيح من حديث ابن أبي عروبة وحماد بن سلمة عن قتادة (١٢٢) ، ثم أن الراوي إذا عمل بخلاف روايته فالعبرة بما رواه لا بما عمل به ، ومن المحتمل أنه كان يفتي بذلك قبل بلوغه الحديث ، إذ روى عنه كذلك القول بالخمس ، فتحمل الرواية الأولى على ما قبل علمه به ، وتحمل الثانية على ما بعد بلوغه الحديث .

وماذكر فيه من احتمال حمله على حالة الشك في ارتضاع الحليب حقيقة بحجة ضعف الصبي فأمر مستبعد ، لأنه خلاف الظاهر ، ولم يقم عليه دليل ، والأصل أن يحمل الكلام على حقيقته ، وما نقل عن ابن عباس رضي الله عنهما أن التقدير قد نسخ فمعارض بما جاء عن عائشة وعبد الله بن الزبير وابن مسعود نفسه في رواية ، وهو الراجح لأنه معتضد بالأصل .

ومما يدل على أن القليل من الرضاع لا يحرم أن البعضية التي هي أساس التحريم لا تتأتى إلا في الرضاع الكثير ، ولا تتصور في القطرة والقطرتين ، وقد وصف الرضاع المحرم بأنه يفتق الأمعاء " لا يحرم من الرضاع إلى ما فتق الأمعاء " (١٢٣) وأنه يسد الجوع " فإنما الرضاعة من المجاعة " (١٢٤) وأنه ينشز العظم وينبت اللحم " لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم (١٢٥) " وهذه الصفات لا تتحقق إلا في الرضاع الكثير .

وكذلك قوله تعالى : " وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم " فيه إشارة إلى طول فترة الرضاع كما أسلفنا ، وينبغي حمل اللفظ القرآني على معهود العرب .

واحتجاج الحنفية بعمل جمهور الصحابة يجاب عنه بأن العبرة في الحديث ، وليس لأحد قول مع النبي صلى الله عليه وسلم ، ثم أنه معارض بأقوال صحابة آخرين - كما سبق ، وليس بعضهم أولى بالقبول من بعض .

وأما قياس التحريم بالرضاع على التحريم بالمصاهرة والفطر في رمضان فقياس مع الفارق ، أما في المصاهرة فلأن الوطء بطبيعته لا تختلف الأحكام المترتبة عليه بالقلة والكثرة ليس بالنسبة للتحريم فقط ، وإنما بالنسبة للأمور

---

(١٢٢) صحيح مسلم بشرح النووي ٢٨/١٠ .

(١٢٣) ، (١٢٤) ، (١٢٥) سبق تخريجها : أنظر : فتح الباري ١٢٦/٩، سبل السلام ٢١٤/٣، ٢١٧ ، ٢١٨ .

الأخرى كالطلاق وثبوت كامل المهر والنسب والإحصان والحد، والإعلاق به لا يزداد بزيادته ، وهذا بخلاف الرضاع ، فإنه كلما ازداد وتكرر ازدادت تغذية الطفل به ومنه ، ونمت البعضية أكثر فأكثر . وقياسه على الفطر في رمضان لا يصح ، لأنه ليس من باب التعبديات .

وأما قول الحنفية : إن الحاظر يقدم على المبيح فذلك حيث لا قرائن ترجيحية أخرى ، وهذا خلاف ما نحن فيه ، فضلا عن أن اشتراط الكثرة في الرضاع أدعى إلى التيسير والتخفيف الذي تتسم به روح الشريعة .

وإذا ثبت أن الرضاع المحرم ما كان كثيرا لزم أن نرجع إلى السنة لمعرفة حد الكثرة، وبالنظر إلى الأحاديث الواردة في هذه المسألة يترجح أن أحقها بالاعتبار مفهوم حديث عائشة الذي يفيد أن التحريم لا يكون إلا بخمس رضعات ، وبذلك تجتمع الأدلة ، ويتقيد إطلاق آية الرضاع ، كما تقيد إطلاق آية الزنا وآية السرقة وتقييد المطلق بيان وليس نسخا ولا تخصيصا .

وأما توهين هذا الحديث بما أسماه ابن الهمام بالانقطاع الباطن ، فقد دفعه الشافعية بجوابين ، كما أشرنا :

أولهما : بتأويل التلاوة فيه على تلاوة الحكم وإعتقاده ، وقد جاء نظير لذلك في حديث آخر لعائشة ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم ، فأيما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط " (١٢٦) فالمقصود هنا بكتاب الله شرعه وحكمه . ولكن يشكل على هذا التأويل ما جاء عنها أنه كان في صحيفة تحت السرير وأكلته الشاة ، وهو من رواية ابن إسحاق ، وهو معروف بالتدليس .

وثانيهما : أن المراد نسخ التلاوة دون الحكم ، ولذلك لم يثبت في القرآن ، والاعلام عن مثله يثبت بالآحاد ، وقد اعتضد مضمونه بأحاديث أخرى ، فلزم العمل به .

وقد تأوله ابن حزم بأنها كانت تتلى مع القرآن لا من القرآن ، أي حصل وهم فأبدل حرف جر مكان آخر ، وهو خلاف الظاهر .

---

(١٢٦) متفق عليه واللفظ للبخاري من حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة - انظر : البخاري بحاشية السندي ٨٦/٢ دار المعرفة - بيروت ، ومسلم بشرح النووي ١٤٥/١٠ - ١٤٦ المطبعة المصرية .

وهذا الحديث ليس قرآنا يتلى حتى يشترط فيه التواتر ، ولا هو قراءة آحاد حتى يبطل أو يضعف الاحتجاج به ، انما هو في الواقع من السنة المبينة للقرآن تقييدا لاطلاقه وبيانا لمجمله ، ويكفى لاثباتها غلبة الظن ، ونقل الآحاد .، قال الشوكاني :" ولو سلم انتفاء قرآنيته على جميع التقادير لكان سنة لكون الصحابي راويا له عنه صلى الله عليه وسلم لوصفه له بالقرآنية ، وهو يستلزم صدوره عن لسانه ، وذلك كاف في الحجية ، لما تقرر في الأصول من أن المروي آحادا اذا انتفى عنه وصف القرآنية لم ينتف وجوب العمل به (١٢٧) .

وأما حكمة النسخ الوارد في حديث عائشة ، والتي استبعدها صاحب المنار فلعلها التدرج من الأخف الى الأشد ، اذ كان الاسترضاع من غير الأمهات النسبيات شائعا في الجاهلية ، فكان التحريم بالخمس من الوهلة الأولى شديد الوقع على النفوس ، لما يؤدى الى كثير من حالات التحريم والمفارقة بين الأزواج ، ولما استقرت العقيدة في النفوس وقوي الايمان في القلوب نزل التحريم بالخمس .

على أن النسخ ان كان مشكلا على قول الشافعية فهو على قول الحنفية ومن وافقهم أشد اشكالا ، اذ جاء في ردودهم على أحاديث العدد بأنها منسوخة كلها ، كما جاء في قول ابن عباس الذي أشرنا اليه سابقا .

ولا بأس أن أذكر اشارة لطيفة لحظها الألوسي رحمه الله في سر قوله تعالى : " وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم " ولم يقل : " واللاتي أرضعنكم أمهاتكم " فقال ما نصه : " لعل الفرق أنه سبحانه لما ذكر " أمهاتكم " في هذه الآية معطوفا على ما تقدم في الآية السابقة ، وفيها تحريم الأمهات بقى الذهن مشرئبا الى بيان الفارق بين هذه الأمهات وتلك الأمهات فأتى سبحانه بقوله : " اللاتي أرضعنكم " بيانا لذلك ، دافعا لتوهم التكرار ، فكان قيد الارضاع الواقع صلة معتنى به أتم اعتناء ، ومما يترتب على هذا الاعتناء اعتباره أينما لوحظ ، وقد لوحظ في الآية خمس مرات :

الأولى حين أتى به فعلا ، والثانية حين أسند الى الفاعل - أعني ضمير النسوة ، والثالثة حين تعلق بالمفعول - أعنى ضمير المخاطبين ، والرابعة حين جعل جزء الجملة الواقعة صلة الموصول ، والخامسة حين جعل " واللاتي " صفة في أمهاتكم

---

(١٢٧) نيل الأوطار ١٣٤/٨ .

" لأن وصفيته لها باعتبار الصلة بلا شبهة ، فهذه خمس ملاحظات للارضاع في هذا التركيب ، تشير الى ما به تحصل الأمومة خمس رضعات " (١٢٨) ثم ذكر بعد ذلك أن هذه ليس من باب الاستدلال ، بل من باب الاشارة المقوية .

هذا وقد اخترنا القول بمفهوم حديث الخمس على مفهوم حديث " المصة والمصتان " للأسباب التي مر ذكرها .

التحريم بحليب البنوك :

أولا : التحريم في حالة معرفة صاحبة الحليب :

قلنا إنه يمكن تخزين حليب النساء والاحتفاظ به مع حفظ مصدره ومعرفة أسماء اللواتي أخذ منهن ، بأن يحفظ حليب كل امرأة في زجاجة مستقلة ، وفي هذه الحالة اذا غذي به الطفل ، وهو في سن الرضاع خمس رضعات مشبعات متفرقات فان التحريم يحصل به (١٢٩) بناء على النتائج التي انتهينا اليها سالفا في عدد الرضاع المحرم ، وفي طريقة تناول الحليب حيث ثبت أن لا فرق في التحريم بين الرضاع مصا أو سعوطا أو وجورا أو لدودا . ومن البديهي أن يشترط في هذا التحريم ثبوت مصدر الحليب بالبينة الشرعية المعتبرة ، أما اذا

---

(١٢٨) تفسير الألوسي ٤/٢٥٦ .

(١٢٩) فصل صاحب المجموع الحالات التي يسقى فيها الطفل من حليب المرأة ايجارا في فيه ، فذكر أن التحريم يثبت عند الشافعية اتفاقا في حالة واحدة وهي أن يحلب من المرأة لبن خمس مرات في خمس أوان ويسقى الصبي من ذلك اللبن في خمسة أوقات متفرقة بحيث يعطى لبن كل اناء في وقت .

وأما اذا حلب اللبن دفعة واحدة وشربه الطفل مرة واحدة فهذه رضعة واحدة اتفاقا .

واختلف قول الشافعية في ثلاث حالات وهي :

١- أن يحلب من المرأة لبن كثير مرة واحدة ، ثم يسقاه الطفل في خمسة أوقات متفرقة ، فللشافعية في هذه المسألة قولان :

أحدهما : أنه رضعة واحدة ، نقل ذلك عن المزني والربيع وصححه الشيخان " النووي والرافعي " وعللاه بأن الوجور فرع الرضاعة ، والتحريم لا يحصل في الرضاع الا اذا انفصل الحليب عن ثدى المرأة خمس مرات متفرقات ورضعة الطفل في خمسة =

تعذر اثباته – وهو الغالب في مثل هذه الحالات ، أو حصل الشك فيه ، فلا يثبت التحريم به ، لأن اباحة النكاح أصل فلا يزول بالشك (١٣٠) ، وكما لو شك في وجود الطلاق أو عدده ، وقد أشار الى ذلك غير واحد من الفقهاء ، فقد جاء في فتح المعين وشرحه : ولو اختلطت محرمة بنسوة غير محصورات بأن يعسر عددهن على الآحاد كألف امرأة نكح من شاء منهن الى أن تبقى واحدة على الأرجح – أي فلا ينكحها على الأرجح (١٣١) .

وجاء في فتح القدير : " لو علم أن صبية أرضعتها امرأة من قرية لا يدرى من هي ، فتزوجها رجل من أهل تلك القرية صح ، لأنه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة(١٣٢) ، وهذا ما يتمشى مع روح الشريعة وسماحتها .

= أوقات ، فكذلك الوجور ينبغي أن ينفصل فيه الحليب من الثدي خمس مرات متفرقات ويعطى في خمسة أوقات .

والثاني : أنه خمس رضعات ، حكاه الربيع ، ودليله قوله صلى الله عليه وسلم : " فانما الرضاعة من المجاعة " وهذا اللبن قد سد به الجوع خمس مرات متفرقات .

٢- أن يحلب من المرأة في خمسة أوقات متفرقة في خمس أوان ويشربه الطفل مرة واحدة ، فمن الشافعية من قال : فيه قولان ، كما في الحالة السابقة ، ومنهم من قال : هو رضعة واحدة قولا واحدا ، ولا يصح قياسه على الحالة السابقة ، لأنه هنا لم يحصل في جوفه الا مرة واحدة ، وهناك حصل خمس مرات .

٣- أن يحلب اللبن في خمسة أوقات متفرقة ، كل وقت في اناء ، ثم يخلط معا ويسقاه الطفل في خمسة أوقات متفرقة ، وقد اختلف الشافعية فيه على قولين :

أولهما : أنه خمس رضعات ، وبه قال أبو اسحاق ، لأن اللبن انفصل من المرأة خمس مرات متفرقة ، وحصل في جوف الطفل في خمسة أوقات ، ولا قيمة للخلط .

والثاني : أنه رضعة واحدة اعتبارا بالخلط ، اذ في كل سقية يحصل للطفل جزء من كل حلبة ، فصار كما لوجمع من حلبة واحدة وأوجره الصبي في خمسة أوقات : المجموع شرح المهذب – محمد نجيب المطيعي – مكتبة الارشاد بجدة ٨٨/١٧ – ٨٩ .

(١٣٠) أنظر : الاختيار لتعليل المختار – عبد الله الموصلي ١٢٠/٣ .

(١٣١) فتح المعين للمليباري وشرحه اعانة الطالبين للبكري ٢٩٣/٣.

(١٣٢) فتح القدير لابن الهمام ٤٣٩/٣ ، وأنظر : البحر الرائق لابن نجيم ٢٣٨/٣.

ثانيا : التحريم في حالة اختلاط الحليب :

اذا كان الحليب المجموع مخلوطا بعضه ببعض ، وهو الحاصل فعلا لدى المؤسسات، والبنوك المعنية ، وأوجره الصبي خمس مرات مشبعات متفرقات ، فلا يخلو أما أن يكون مأخوذا من نساء محصورات معروفات أم لا ، فان كان الأول فان الراجح ما ذهب اليه أكثر العلماء من أن التحريم يثبت به من جميع الأمهات المشتركات ، لا فرق بين غالب ومغلوب ، وقد وجه ابن الهمام ذلك بأن الجنس لا يغلب الجنس ، فلا يستهلك فيه ولا يكون أحدهما تابعا للآخر ، فثبت التحريم من الكل كما في حالة الانفراد(١٣٣) .جاء في المغني لابن قدامة : " ان حلب من نسوة وسقيه الصبي فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن ، لأنه لو شيب بماء وعسل لم يخرج عن كونه رضاعا محرما فكذلك اذا شيب بلبن آخر " (١٣٤) .

ونقل مثل ذلك عن المالكية (١٣٥) والشافعية (١٣٦) ومحمد وزفر من الحنفية (١٣٧) والزيدية (١٣٨) .

وذهب أبو يوسف من الحنفية الى أن التحريم يتعلق بالحليب الغالب فقط على اعتبار أن المغلوب لا حكم له ، وأن الأقل تابع للأكثر (١٣٩) .

---

(١٣٣) فتح القدير ٤٥٣/٣ - ٤٥٤ .

(١٣٤) المغني لابن قدامة ٥٤٠/٧ .

(١٣٥) جاء في الشرح الكبير : " فلو خلط لبن امرأة بأخرى صار ابنا لها مطلقا ، تساويا أم لا " الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٥٠٣/٢ .

(١٣٦) جاء في المجموع : " اذا حلبت امرأتان لبنا منهما في اناء وأوجرتاه صبيا ، ثم حلبتا منهما لبنا في اناء في وقت واحد وأوجرتاه الصبي الى أن فعل ذلك خمس مرات حصل لكل واحدة مهما خمس رضعات ويصير ابنهما معا " المجموع شرح المهذب ٨٩/١٧ ، وأنظر نهاية المحتاج للرملي - مطبعة مصطفى الحلبي ١٧٤/٧ - ١٧٥ .

(١٣٧) أنظر : فتح القدير ٤٥٣/٣ ، المبسوط للسرخسي ١٢٣/٥.

(١٣٨) البحر الزخار ٢٦٤/٤ .

(١٣٩) أنظر : فتح القدير ٤٥٣/٣ .

أما اذا لم يكن مصدر الحليب معروفا أو محصورا ، وهذا هو الأغلب الأعم ، فان التحريم لا يثبت حينئذ ، لعدم معرفة الأم لا على سبيل اليقين ، ولا على سبيل الظن الراجح ، والتحريم لا يثبت بالشك أو الوهم لما ذكرنا سابقا .

وأما التحريم بالنسبة لفروع الأمهات وحواشيهن فان كانوا معروفين محصورين سرى اليهم التحريم في كل حالة ثبت فيها تحريم الأمهات ، وان تعذر معرفتهم فلا يتأتى التحريم بطبيعة الحال .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

الخدمات المصرفية غير الربوية ووصفها الشرعي

بقلم الدكتور الطيب محمد حامد التكينه *

---

* مدرس بقسم الشريعة الإسلامية ، بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات ، معارا من جامعة أم درمان الإسلامية ، كلية الشريعة والعلوم الاجتماعية بالسودان .

مقدمه :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد بن عبدالله ، الذي قال: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين ». .

اللهم فقهنا في ديننا ، وأرنا الحق حقاً وارزقنا اتباعه ، وأرنا الباطل باطلاً ، وارزقنا اجتنابه .

وبعـد :ـ

فإن في المصارف التجارية خدمات كثيرة خالية من الربا ، تحتاج إلى إفرادها بالبحث والشرح ، بالقدر الذي يجليها ويميزها عن غيرها من الخدمات الربويَّة ، ثم تكييفها وردها إلى العقود التي تنتمي إليها .

وهذا البحث ـ المتواضع ـ إسهام في تحقيق هذه الغاية .

والبحث يشمل : الحسابات الجارية (الودائع تحت الطلب ، أو الودائع الجارية) ، ويشمل التحويلات الداخلية ، وبيع وشراء العملات .

وقد وقع اختياري لهذه الخدمات ، لأهميتها من ناحية ، ولارتباطها مع بعضها ـ كما يتضح من البحث ـ من ناحية أخرى .

وأسأل الله التوفيق والعون .

خطـة البحـث :

يتكون البحث من المباحث الآتية :

المبحث الأول : الحسابات الجارية .

المطلب الأول : معنى الحساب الجاري ، وأهميته .

المطلب الثاني : الوصف الشرعي للحساب الجاري .

المبحث الثاني : التحويلات الداخلية .

المطلـب الأول : كيفية التنفيذ .

المطلب الثاني : الوصف الشرعي .

المبحث الثالث : بيع وشراء العملات .

المطلـب الأول : التحويلات الخارجية .

المطلب الثاني : صور أخر لبيع وشراء العملات .

المبحث الأول
الحساب الجاري
المطلب الأول : معنى الحساب الجاري وأهميته .

أ - معنى الحساب الجاري

الحساب الجاري هو «عقد بمقتضاه يلتزم شخصان بتحويل الحقوق والديون الناشئة عن علاقتهما المتبادلة إلى قيود في الحساب تتقاصى فيما بينها ، بحيث يكون الرصيد النهائي عند اقفال الحساب وحدده دينا مستحق الأداء » (١) .

ومن هذا التعريف يتبين أنه لا يشترط في الحساب الجاري أن يكون أحد طرفيه مصرفاً ، ولكن الغالب في الحساب الجاري أن يكون أحد طرفيه مصرفاً ، أو أن يفتح بين مصرفين .

ومنشأ المدفوعات في الحساب الجاري هو العمليات التي تتم بين العميل والمصرف ، فالمبلغ الذي يودعه العميل في الحساب الجاري يعتبر مدفوعاً ، يدرج في الجانب الدائن للحساب ، والمبلغ الذي يسحبه العميل من الحساب يعتبر مدفوعاً من المصرف يدرج في الجانب المدين من الحساب (٢) .

وهذه المدفوعات لا تقبل التجزئة ، بل تتحول إلى بنود في الحساب ، وتندمج مع بعضها .

وإذا ظل الحساب مفتوحاً فلا يوجد حق ولا دين ، ولا يعتبر أحد الطرفين دائناً أو مديناً للطرف الآخر وهكذا يستمر الوضع إلى أن يقفل الحساب ويصفى ، وفي ذلك التأريخ يظهر الرصيد النهائي الذي يعتبر ديناً لأحد الطرفين على الآخر .

---

١ - مصطفى كمال طه : الوجيز في القانون التجاري ، جـ ٢ ص ٤٧٣ (عمليات البنوك) الأسكندرية، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، ١٩٧١ .

٢ - كمال الدين صدقي : بنوك الودائع من الناحيتين النظرية والعملية ، ص ١٠٣ (القاهرة ، الطبعة الأولى مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٤) .

- مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري ، ص ٧٣ .

ومادام الحساب الجاري لا يتجزأ فإنه لا يجوز أن تقع المقاصة بين البنود الدائنة والمدينة ، في أثناء فترة الحساب ، وذلك لأن المقاصة نوع من الوفاء المزدوج ، والقيد الحسابي لا يعتبر وفاء ، ولكن القول بعدم وقوع المقاصة في الحساب الجاري أثناء سير الحساب لم يعد مطلقا ، وذلك لأن القضاء يسمح لكل طرف أن يتسك - أثناء سير الحساب - بمركزه كدائن ، وبمعنى آخر فإن القضاء يعترف بوقوع مقاصة أثناء سير الحساب ، وليس عند نهايته فقط وفقاً للنظرية التقليدية .

ولم يأخذ القضاء بقواعد الحساب الجاري لمصادمته ماجرى عليه العرف المصرفي ، لأن العمل المصرفي يجري على وقف الحساب مؤقتاً أثناء سيره ، ويكون من حق طرفي الحساب الجاري النظر في الحساب ليعرف مركزه في لحظة معينة (٣) .

وخلاصة مايقال في الحساب الجاري في المصارف التجارية : أن المعاملات تكون مستمرة بين العميل والمصرف ، بحيث يكون كل من الطرفين دائناً بالنسبة للآخر في بعض العمليات ، ومديناً في الأخر . وبدلاً من أن تصفى كل عملية على حدة ، فإن القيود تستمر جارية حتى يقفل الحساب ويصفى ، وحينئذ يتضح مركز كل من العميلين قبل الأخر ، ومعنى هذا أن الديون تتقاصى أثناء سير الحساب ، ولا يبقى في النهاية إلا الرصيد الدائن أو المدين ، فيقوم المدين بالوفاء، وبهذا تصفى مجموعة من العمليات بوفاء واحدد (٤) .

ب - أهمية الحساب الجاري بالنسبة للمصرف والعميل (٥)

أهميته بالنسبة للمصرف

تتلخص الفوائد التي تعود على المصرف في الآتي :

١ - يستفيد المصرف من استثمار الأموال المودعة في الحساب الجاري ، دون أن يشرك معه أصحاب هذه الأموال (المودعين) في الأرباح .

---

٣ - علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ص ٢٢٧ . ومابعدها (القاهرة : دار النهضة المصرية ، الطبعة الثانية ١٩٦٩) .

٤ - كمال الدين صدقي : بنوك الودائع ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ .

٥ - المرجع السابق ، ص ١٠٤ وما بعدها .

٢ - فتح حساب جاري للعميل يؤدي في الغالب إلى طلب خدمات مصرفية أخرى ، يحتاج إليها العميل ، مثل تحويل النقود ، أو شراء أوراق مالية ، أو خصم كمبيالات .

٣ - الحساب الجاري يزيد من قدرة المصرف على خلق الودائع واستثمارها .

أهميته بالنسبة للعميل

١ - تمكن الفرد أو المؤسسة من حفظ الأموال في مكان أمين ، وهو المصرف ، ولذا فإن المحلات التجارية والمؤسسات تفتح حسابات جارية في المصارف ، وتأمر موظف الخزينة بإيدا ع الأموال النقدية المتحصلة يومياً في الحساب الجارى لدى المصرف.

٢ - يتمكن العميل من الحصول على دفتر شيكات من المصرف ويستخدمه في معاملاته المالية المختلفة ، ولا شك أن في ذلك توفير للوقت ، فضلاً عن الوقاية من الأخطار ، كما أن العميل يكلف المصرف بتحصيل الشيكات الواردة له .

٣ - يعتبر الحساب الجاري أسهل وسيلة لعمل حسابات نظامية دقيقة ، لأي نوع من النشاط يقوم به العميل .

٤ - يؤدي فتح الحساب الجاري إلى سرعة صرف النقود المحولة من جهات حكومية ، أو غيرها ، لذا نجد كثيراً من العملاء يطلبون تحويل مرتباتهم أو معاشهم لحسابهم الجاري لدى المصرف .

المطلب الثاني : الوصف الشرعي للحساب الجاري :

يمثل الحساب الجاري (الودائع الجارية ، أو الودائع تحت الطلب) نوعاً من الودائع المصرفية النقدية ، وهي :

١ - الودائع الجارية (الحساب الجاري) .

٢ - الودائع لأجل (الودائع الثابتة) .

٣ - الودائع باخطار .

٤ - ودائع التوفير .

وهذه الودائع ـ ماعدا الحساب الجاري ـ تنال فوائد من المصارف ، وأحياناً تدفع المصارف فوائد على الحساب الجاري في بعض الحالات ، وذلك عندما يبلغ الحساب الجاري مقداراً معيناً (٦) .

ويحسن ـ ونحن بصدد بيان الوصف الشرعي للحساب الجاري ـ أن نذكر الوصف القانوني والشرعي للودائع المصرفية النقدية .

الوصـــف القانونـــي

جوهر الوديعة في القانون المدني ، التزام المودع لديه ، بحفظ الشيء المودع ، ورده عيناً (٧) .

وإذا طبقنا هذا المفهوم للوديعة في القانون المدني على الوديعة المصرفية النقدية ، نجده لا ينطبق عليها ، لأن الالتزام بحفظ الشيء ورده عيناً ، غير وارد في المصارف ، لأن المصرف وإن كان يلتزم بالرد ، فإنه لا يلتزم بحفظ النقود المودعة بعينها ، بل يستخدمها في نشاطه الاستثماري ، ويرد مثلها .

وبناء على هذا فإن هذا النوع من الودائع ، ليس وديعة عادية بالمعنى القانوني .

ومن هنا اختلفت الآراء في تحديد طبيعته ، وهناك أربعة آراء في تكييف عقد الوديعة المصرفية النقدية نبينها باختصار فيما يأتي :

---

٦ ـ لمزيد من التفصيل راجع .

ـ محمد زكي شافعي : مقدمة في النقود والبنوك ، ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ (القاهرة دار النهضة الطبعة الأولى ١٩٦٤) .

ـ علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية . مرجع سابق ، ص١٨.

ـ مصطفى كمال طه : الوجيز في القانون التجاري ، مرجع سابق ، جـ ٢ ، ص٥٠٠.

ـ حسين النوري : دروس في الأوراق التجارية والنشاط المصرفي ص ٣١٦ ، ٣١٧ (الناشر : مكتبة عين شمس القاهرة ، بدون تاريخ) .

٧ ـ عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، جـ ٧ ، ص ٦٧٥ .

(الناشر : دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٤) .

الرأي الأول : الوديعة المصرفية النقدية ، وديعة عادية .

ويَرد على هذا الرأي ، أن المصرف لا يحتفظ بالوديعة ، بل يستعملها في نشاطه الاستثماري ، ويرد مثلها ، وهذا يخالف طبيعة الوديعة العادية في القانون المدني (٨) .

الرأي الثاني : الوديعة المصرفية النقدية ، وديعة شاذة ، أو ناقصة .

ويَرِد على هذا الرأي أن هذه التسمية (الوديعة الشاذة ، أو الناقصة) ، غير مسلمٍ بها، لأن النصوص التشريعية لم تأت بها ، ولا بأحكامها ، وعلى هذا لايمكن إدخال الوديعة المصرفية النقدية في هذا النوع ، لتأخذ حكم عقد من العقود المسماه وتسري عليها أحكامه (٩) .

الرأي الثالث : الوديعة المصرفية النقدية ، من العقود غير المسماه .

ويرد على هذا الرأي ، أنه حل ليس جديراً بالأخذ به ، إلا إذا صعب إخضاع الوديعة النقدية لأي تكييف قانوني آخر ، سوى عقد الوديعة ، ولكن الأمر بخلاف ذلك ، لأن هذا العقد (عقد الوديعة المصرفية النقدية) يمكن تكييفه قانوناً بعقد القرض (١٠) .

الرأي الرابع : الوديعة المصرفية النقدية ، عقد قرض .

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن المودع يعتبر مقرضاً ، والمصرف مقترضا وعلى هذا فإنه يلزم المصرف رد المثل ، ولا يلزمه رد النقود بذاتها .

---

٨ ـ محمد حسني عباس : عمليات البنوك ، ص ١٢٢) .

(الناشر : القاهرة ـ دار النهضة العزبية ، ١٩٧٢) .

٩ ـ محمد جسني عباس : عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص ١٢٣ .

١٠ ـ المرجع السابق ، ص ١٢٢ ، ١٢٤ .

ـ سامي حمود : تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية . ص ٢٨٩ .

(الناشر : دار الاتحاد العزبي للطباعة ، القاهرة ، الطبعة الأولى ١٩٧٦) .

ومادام المودع لديه (المصرف) مأذوناً في استعمال الوديعة ، فقد أصبح الإلتزام بالحفظ ساقطاً ، لأن الوديعة تهلك بالاستعمال ، ولذلك وجب حتماً استبعاد القول بفكرة الوديعة ، ووجب القول بفكرة القرض (١١) .

والقرض ـ كما تعرفه المادة ١١٢٦ مدني مصري ـ هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره وصفته (١٢) .

ويؤيد القول بفكرة القرض أن الأحكام التي تجرى على الوديعة المصرفية النقدية ، هي أحكام القرض ، وليست أحكام الوديعة ، ونذكر من هذه الأحكام مايلي :

١ ـ **الاحتجاج بالمقاصة** : لا تجوز المقاصة في الوديعة العادية ، وتجوز في الوديعة المصرفية النقدية (الحساب الجاري) ، وهذا يدل على أنها (أي الوديعة المصرفية النقدية) تأخذ حكم القرض .

٢ ـ **تحمل تبعة هلاك الوديعة بقوة قاهرة** : المودع لديه في الوديعة العادية ليس عليه رد الوديعة ، إذا هلكت بقوة قاهرة ، بخلاف الحال في الوديعة المصرفية النقدية ، فإن المودع لديه (المصرف) يكون ملزماً برد الوديعة ، وهذا هو حكم القرض ، لأن المقترض يمتلك القرض ، ويكون عليه رد المثل (١٣).

وبناء على ماورد فإن الوديعة المصرفية النقدية تختلف عن الوديعة العادية ، وتلتقي مع القرض ولا محل للتمييز بين الوديعة المصرفية النقدية والقرض (١٤) .

---

١١ ـ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص ٢١ .

١٢ ـ عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، جـ ٧ ، مرجع سابق، ص ٤١٩ ، ٤٢٠ .

١٣ ـ لمزيد من التفصيل راجع :

ـ عبدالرزاق السنهوزي : المرجع السابق ، ص ٧٥٧ .

ـ محمد علي عرفة : شرح القانون المدني الجديد في التأمين والعقود الصغيرة ، ص٤٠٥ ، ٤٠٦ (الناشر : مطبعة جامعة فؤاد الأول القاهرة ١٩٥٠) .

١٤ ـ عبدالرزاق السنهوري المرجع السابق ، ص ٧٥٧ .

وهذا الاتجاه الأخير هو ماأخذ به القانون المدني المصري الجديد ، وذلك لوضوحه وسلامة أدلته (١٥) .

الوصــف الشــرعــي

تعتبر الوديعة المصرفية النقدية - في نظر الفقهاء - عقد قرض .

جاء في كتاب كشاف القناع : أن الوديعة المأذون في استعمالها تصبح عارية مضمونة (١٦) ، وبين ابن عابدين أن كل عارية .لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها تكون قرضاً لا عارية (١٧) ، وجاء في كتاب تحفة الفقهاء « كل مالا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه ، فهو قرض حقيقية ، ولكن يسمى عارية مجازاً ... » (١٨) .

وإذا كانت الوديعة الجارية ترد بمجرد الطلب ، فإن ذلك لا يخرجها عن كونها قرضا طالما أنها مأذون في استعمالها عرفاً ، ولأنه يجوز فقهاً - كما هو الحال في القانون - أن يكون للمقرض الحق في طلب القرض متى يشاء (١٩) . والنتيجة التي ننتهي إليها ، أن الودائع المصرفية النقدية تعتبر قرضاً في الشريعة والقانون .

ومع هذا الاتفاق في التكييف بين الوديعة الجارية (الحسابات الجارية) ، والودائع الأخر ، فإن الأولى تختلف عن الودائع الأخر فيما يأتي :

---

١٥ - محمد علي عرفة : شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص ٥٠٣ .

١٦ - منصور بن يونس البهوتي : كشاف القناع ، جـ ٤ ، ص ١٨٥ .

(مكة - المطبعة الحكومية ١٣٩٤ هـ) .

١٧ - ابن عبدين : حاشية ابن عابدين على الدار المختار للحصفكي ، شرح تنويز الأبصار للتمرتاشي ، جـ ٥ ، ص ٦٨١ .

(القاهرة : مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٦٦) .

١٨ - نقلاً عن الدكتور/سامي حمود : تطوير الأعمال المصرفية مما يتفق والشريعة الاسلامية ، مرجع سابق ، ص ٢٩١ .

١٩ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، جـ ٣ ، ص ٢٢٦.

(القاهرة : عيسى الحلبي وشركاه ، بدون تاريخ) .

١ ـ الودائع الجارية (الحسابات الجارية) ترد بمجرد الطلب ، بينما الأخر بعد أجل معين (الودائع لأجل) ، أو بعد انقضاء مدة معينة من اخطار البنك (الودائع باخطار) ، أو بقيود معينة (ودائع التوفير) .

٢ ـ لاتنال الودائع الجارية (الحسابات الجارية) فوائد مصرفية ـ إلا في حالة معينة ـ بل يأخذ المصرف عليها عمولة ، بينما تنال الودائع الأخر فوائد مصرفية ، على الإيداع

٣ ـ تختلف الودائع الجارية (الحسابات الجارية) ، عن غيرها في أنها تخضع لقواعد الحساب الجاري .

وليس غرضنا ـ في هذا الموضع – بيان الحكم الشرعي للحساب الجاري الذي يتقاضى عليه العميل فوائد (٢٠) وإنما الذي يهمنا هنا ـ ونحن بصدد الحديث عن الخدمات اللاربوية ـ بيان الحكم الشرعي للحساب الجاري الذي لا يتقاضى عليه العميل فائدة ، بل يأخذ منه المصرف عمولة .

وبيان الحكم الشرعي للحساب الجاري ، في هذه الحالة يقتضي الوقوف على أمرين:

الأمـر الأول : المقاصة في الشريعة الاسلامية ، ومدى انطباقها على المقاصة في الحساب الجاري .

الأمـر الثاني : حكم العمولة في الحساب الجاري .

وبالنسبة للمقاصة في الشريعة الاسلامية ، فهي نوعان :

١ ـ مقاصة اختيارية طلبية : وهي المقاصة التي يطلبها أحد المتداينين ، ويأباها الآخر ، وهذه المقاصة لا تتوافر فيها شروط المقاصة الجبرية .

٢ ـ مقاصة جبرية : وهي تقع بنفسها ، دون طلب من أحد فإذا ثبت لشخص على مدينه مثل ماله عليه جنساً ، وصفة ، وحلولاً ، فإن الدينين يتساقطان ، إن كانا متساويين في مقدارهما وإن تفاوتا في المقدار سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة . وتقع المقاصة بين هذين الدينين بمجرد ثبوت الدين الثاني .جبرا

---

٢٠ ـ الحساب الجاري في هذه الحالة ـ كما هو الحال في الودائع الأخرى ـ يعتبر من ربا النسيئة .

عليهما، ولا تتوقف المقاصة على تراضيهما ، ولا على طلب من الطرف الآخر ، مادامت قد استوفت شروطها (٢١) .

ونخلص إلى أن طبيعة الحساب الجاري في المصارف تتفق مع المقاصة الجبرية في الشريعة الاسلامية فما يدفعه صاحب الحساب للمصرف ليس وديعة بالمعنى الحقيقي ، إذ هو وديعة مأذون في خلطها بغيرها ، وباستهلاكها فتكون قرضاً ومايأخذه هذا المودع من المصرف ليس من عين حقه ، وإنما أشبه شيء بالقرض، ويكون كل من المودع والمصرف دائناً للآخر ، فتحصل المقاصة الجبرية ، دون طلب كلما تجدد الإيداع والآخذ (٢٢) .

وأما العمولة فيمكن تخريجها على أنها أجر ، مقابل خدمة معتبرة شرعاً ، وهي فتح الحساب الجاري ، وإمساكه ، وإدارته .

ويقول الدكتور سامي حمود ـ بصدد حديثه عن العمولة في فتح الحسابات المصرفية ـ «... وقد سبق أن بينا أنه إذا وجدت المنفعة المعتبرة من جانب والعمل المؤدى من الجانب الآخر ، فإن الأجر يكون له سبب شرعي ، خاصة وأن المصرف في مثل هذه الحالات ـ باعتباره مودعاً لديه ـ يكون مديناً وليس دائناً وإذا كان الأمر كذلك فليس هناك مجال للشبهة في اختلاط الأجر بالربا ...» (٢٣) .

وإذا نظرنا إلى أن الايداع في الحساب الجاري يعتبر قرضاً ، فإنه يمكن اعتبار العمولة مقابل نفقة القرض ، التي يتحملها المقرض ، وهو المودع في هذه الحالة ، ذلك أن الفقهاء نصوا ـ في عبارات مختلفة ـ على أنه إذا اشترط المقرض تسليم القرض في بلد آخر ، فإن المقترض غير ملزم بذلك ، إلا إذا لم يكن للقرض مؤنة، أو كان له مؤنة وتحملها المقرض (٢٤) .

---

٢١ ـ محمد سلام مدكور : المدخل للفقه الاسلامي ، تاريخه ومصادره ونظرياته العامة ص ٧١٠ ، ٧١١ .

(القاهرة : دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ١٩٦٦) .

٢٢ ـ المرجع السابق ، ص ٧١١ .

٢٣ ـ سامي حمود : تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية ، مرجع سابق ، ص ٣٦٩ .

٢٤ ـ سيأتي تفصيل ذلك في حديثنا عن العمولة في التحويلات الداخلية .

ومادام القرض هنا (الحساب الجاري) يكلف المصرف (المقترض) مؤنة ، فإنه يلزم المقرض (فاتح الحساب الجاري) تحمل هذه المؤنة .

ولا يعترض على ذلك بأن القرض في الحساب الجاري لم يسلم في بلد آخر ، غير مكان الاقراض ، لأن العلة متوفرة وهي المؤنة .

المبحث الثاني
التحويلات الداخلية

أدى وجود المصارف التجارية إلى سرعة إنجاز المعاملات التجارية والمالية ، ليس بين أجزاء القطر الواحد فحسب ، وإنما بين جميع أنحاء العالم المختلفة ، وذلك عن طريق التحويلات المصرفية .

وسوف اتناول هذا الموضوع في مطلبين :

المطلب الأول : كيفية تنفيذ التحويلات الداخلية .

المطلب الثاني : الوصف الشرعي .

المطلب الأول : كيفية التنفيذ

لا يترتب على عملية التحويلات في المصارف نقل للنقود ، وإنما يكتفي بالقيود الحسابية والدفترية فقط.

وعادة يكون لدى المصرف المحول بواسطته حساب جار للمصرف الذي أصدر الحوالة ، وقد يحدث العكس ، فيصبح المصرف الثاني (المحول بواسطته) ، هو المصدر للحوالة .

وهكذا تستمر المعاملات بين المصارف على هذا النحو ، وتم تسوية الديون - الناتجة عن هذه التحويلات - بالمقاصة (٢٥) .

وتتم التحويلات الداخلية بعدة طرق منها :

١ - التحويلات الخطابية بالبريد العادي (٢٦) .

٢ - التحويلات البرقية أو التليفونية (٢٧) وما في معناها .

---

٢٥ - كمال الدين صدقي : بنوك الودائع ، مرجع سابق ، ص ٣٦٤ ومابعدها .

٢٦ - وهي عبارة عن خطابات صادرة من المصرف إلى فرعه ، أو إلى أي مصرف آخر بدفع مبلغ معين إلى المستفيد .

٢٧ - وهي كالتحويلات البريدية سوى أنها ترسل تلغرافياً ، أو تلفونياً .

٣ ـ الشيكات المصرفية (٢٨) .

٤ ـ إلى غير ذلك من الطرق المماثلة .

وإذا كان للعميل حساب جار ، فإن المصرف يقوم ـ إذا رغب العميل ـ بخصم قيمة التحويل من حسابه الجاري .

عائدات المصرف من التحويلات الداخلية

يتقاضى المصرف عمولة إلى جانب المصاريف الفعلية للرسالة التلغرافية أو غيرها .

المطلب الثاني : الوصف الشرعي

السفتجة والتحويلات الداخلية

أ ـ معنى السفتجة وصورها :

السفتجة (بفتح السين والتاء ، أو بضمهما ، أو بضم السين وفتح التاء) كلمة فارسية معربة ، وأصلها «سفت» (بضم السين وسكون التاء) بمعنى الشيء المحكم (٢٩) .

---

٢٨ ـ وفي هذه الحالة يسحب المصرف شيكاً على فرعه ، أو أي مصرف آخر ، كما يسحب أي عميل عادي شيكاً على المصرف .

وتسمى هذه الشيكات بالشيكات المصرفية ، لأنها مسحوبة من مصرف على آخر .

٢٩ ـ حاشية ابن عابدين : مرجع سابق ، جـ ٥ ، ص ٣٥٠ .

ـ المعجم في اللغة الفارسية ، ص ٢٦٦ ، نقله إلى العربية الدكتور/محمد موسى هنداوي .

(الناشر : مكتبة الانجلوا ودار مطابع الشعب ، القاهرة) .

ـ المعجم الوسيط ، جـ ١٠ ، ص ٤٣٤ .

(الناشر : دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان) ،

وقد جرى استعمال السفتجة في المعاملات المالية ، وهي (أي السفتجة) عبارة عن رقعة أو صك ، يكتبه الإنسان لمن دفع إليه مالاً على سبيل التمليك والضمان ، لكي يدفع له مايماثله في مقداره وصفته في بلد آخر .

والغرض من استعمال السفتجة تفادي خطر الطريق .

وهكذا تنتقل الأموال وتقبض في أماكن وجودها ، بدلاً من حملها والانتقال بها:

وقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن السفتجة من قبيل القرض ، الذي يقدمه المقرض إلى المقترض ، على أساس أن يكون الوفاء في بلد آخر ، وذهب بعض الفقهاء إلى أنها من قبيل الحوالة لاشتمالها على معناها (٣٠) .

والأمثلة التي ساقها الفقهاء في بيان السفتجة لاتعدو خمس صور ، وهي :

١ - يلتزم المقترض بأن يقوم بنفسه بالوفاء للمقرض في بلد آخر ، غير محل الاقراض .

وفي هذه الصورة يتعين أن يكون المقرض والمقترض عازمين على السفر ، إلى بلد الأداء .

٢ - أن يقرض شخص شخصاً آخر ، على أساس أن يقوم المقترض نفسه بالوفاء لشخص ثالث في بلد آخر ، غير محل الاقراض .

وفي هذه الصورة يكون المقترض هو العازم على السفر إلى بلد الأداء .

٣ - يلتزم المقترض بالوفاء إلى المقرض في بلد آخر ، وذلك بأن يكتب إلى من يكلفه بالأداء .

وفي هذه الصورة يكون المقرض هو العازم على السفر لبلد الأداء .

٤ - يلتزم المقترض بالوفاء إلى نائب المقرض في بلد آخر ، وذلك بأن يكتب إلى من يكلفه بالفاء .

وفي هذه الصورة يكون كل من المقرض والمقترض ، غير مسافر إلى بلد الأداء.

---

٣٠ - وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية (الكويت) : مشروع الموسوعة الفقهية ، نموذج (٣) الحوالة، ص ، ٢٠٧ . .

٥ ـ أن يكون لشخص مال في بلدة غير البلدة المقيم فيها ، فيأمر وكيله هناك أن يقرض شخصاً مبلغاً من المال ، لكي يدفعه إلى الآمر (الموكل) في البلدة التي يقيم فيها.

وأما السفتجة التي هي بمعنى الحوالة ، فإنها تتحقق في حالة وجود ثلاثة أطراف ، المقرض والمقترض في بلد واحد ، ومدين للمقترض في بلد آخر ، يكلفه المدين (المقترض) بالوفاء إلى المقرض ، في ذلك البلد (٣١) .

ب ـ مقارنة بين السفتجة والتحويلات الداخلية

يمكننا أن نقارن بين السفتجة والتحويلات الداخلية على النحو الآتي :

الصورة الأولى للسفتجة -التي يتم فيها القرض على أساس أن يقوم المقترض نفسه بالوفاء إلى المقرض في بلد آخر - تتفق مع التحويلات الداخلية ، عندما يكون طالب التحويل هو المستفيد نفسه ، وذلك عندما يتم الوفاء للمقرض (طالب التحويل) بواسطة فرع المصرف المصدر للحوالة (المقترض) لأن الوفاء من الفرع بمثابة الوفاء من الأصل .

الصورة الثانية للسفتجة - التي يتم فيها القرض ، على أساس أن يقوم المقترض نفسه بالوفاء لشخص ثالث في بلد آخر - تتفق مع التحويلات الداخلية ، وذلك عندما يكون المستفيد شخص آخر ، غير طالب التحويل (المقرض) ، والوفاء بواسطة فرع المصرف المصدر للحاولة (المقترض) .

الصورة الثالثة للسفتجة - التي يتم فيها القرض ، على أساس أن يقوم المقترض بتكليف من يدفع القرض إلى المقرض في بلد آخر - ، تتفق مع التحويلات الداخلية عندما يكون المستفيد هو طالب التحويل ، وذلك عندما يتولى الدفع مراسل المصرف (مصرف في مكان الأداء ، وهو ليس فرعاً للمصرف مصدر الحوالة) ، وهذا في الحالة التي لايكون المصرف المراسل مديناً للمصرف مصدر الحوالة ، حيث يكون المصرف المصدر للحوالة مقترضاً ، وطالب التحويل مقرضاً ، ثم يقوم المصرف المقترض (مصدر الحوالة) بتكليف المصرف المراسل ـ وهو ليس مديناً له ـ بالدفع للمقرض (طالب التحويل) .

ويمكن أن تكون هذه الصورة من قبيل الحوالة ، بناء على رأي فقهاء الحنفية الذين أجازوا أن يكون المحال عليه غير مدين للمحيل ، إذا رضي المحال عليه

---

٣١ ـ المرجع السابق ، ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ .

بذلك (٣٢) فالمصرف مصدر الحوالة (المقترض) محيل وطالب التحويل (المقرض) محال ، والمصرف المراسل محال عليه .

وأما إذا كان المصرف المراسل مديناً ، فيكون العقد حوالة ، وهذا يتفق تماماً مع صورة السفتجة التي يوجد فيها ثلاثة أطراف : مقرض ، ومقترض في بلد واحد ، ومدين للمقترض في بلد آخر ، يكلفه المقترض بالوفاء للمقرض في ذلك البلد .

وأما الصورة الخامسة للسفتجة فهي لا تنطبق على التحويلات الداخلية ، كما هو واضح .

وبناء على هذه المقارنة بين السفتجة والتحويلات الداخلية يتضح لنا أن التحويلات الداخلية تعتبر عقد قرض ، أو حوالة ، لأنها شبيهة بالسفتجة ، وهي لا تخلو من أن تكون قرضاً ، أو حوالة .

وما تقتضيه السفتجة من سفر المقترض أحياناً إلى بلد الأداء - كما في الصورة الأولى والثانية - لا يثير إشكالاً لما بيناه من أن البنك يخطر فرعه في بلد الأداء ، ليقوم بالوفاء .

ويلاحظ أن المقرض في التحويلات الداخلية يدفع عمولة إلى جانب المصاريف الفعلية بينما لا يدفع المقرض إلى المقترض شيئاً في السفتجة .

ويمكن تخريج العمولة على أساس أنها من قبيل نفقة القرض ، التي يدفعها المقرض، إلى المقترض ، أو على أنها مقابل خدمة معتبرة شرعاً . روي عن مالك أنه بلغه أن عمربن الخطاب ، قال في رجل أسلف رجلاً طعاماً على أن يعطيه إياه في بلد آخر ، فكره ذلك عمر بن الخطاب ، وقال : أين الحمْل . والمعنى أنه زاد عليه في القرض حمله، وهو غير جائز باتفاق ، لأنه قرض جر نفعاً . (٣٣)

وفي معجم الفقه الحنبلي : «إذا أقرضه ما لحمله مؤنة ، ثم طالبه بمثله في بلد آخر ، لم يلزمه » (٣٤) . وقد نص بعض الفقهاء صراحة على وجوب النفقة على المقترض .

---

٣٢ - المرجع السابق ، ص ٦٦ ، ٦٢ .

٣٣ - محمد الزرقاني : شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك (تصحيح لجنة من العلماء) ، جـ ٣/٣ ص ٣٣٥ (بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر ، ١٩٧٨) .

٣٤ - وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية (الكويت) : معجم الفقه الحنبلي جـ ٢ ، ص٧٧٢ .

جاء في شرح منهج الطلاب «ولا يلزم المقترض الدفع في غير محل الاقراض» إلا إذا لم يكن لنقله مؤنة ، أو له مؤنة وتحملها المقرض (٣٥) .

فهذه النصوص الفقهية صريحة في الزام المقرض نفقة القرض ، إذا اشترط تسليمه في غير مكان الاقراض .

وينطبق ماذكرناه ـ بالنسبة للعمولة – على الصورة التي تعد من قبيل الحوالة ، لأنه لافرق بين الدّينين ، لأن الحوالة ناشئة عن عقد القرض في هذه الحالة .

ونخلص إلى أنه يجوز للمصرف ، أن يتقاضى عمولة ، على تسليمه القرض (المبلغ المحول) في غير محل الاقراض ، لأنه ـ في سبيل ذلك ـ يتحمل نفقات وأعباء تبرر مايأخذه من عمولة .

وأما المصاريف الفعلية لقيمة البرقية ، أو مافي معناها ، فلا تثير إشكالاً . وإذا كنا قد انتهينا إلى أن التحويلات الداخلية ، تتفق مع السفتجة ، فقد يعترض على ذلك : بأن معظم الفقهاء قالوا بكراهية السفتجة ، لأنها ـ كما يرون ـ قرض جر نفعاً ، وهو سقوط خطر الطريق .

وللإجابة على هذا الاعتراض ، نرى : أن ماذهب إليه الفقهاء لايَرد على التحويلات الداخلية ، حيث أن طالب التحويل (المقرض) يقوم بدفع عمولة للبنك مصدر الحوالة (المقترض) ، على أساس أنها أجرة على تسليم القرض (المبلغ المحول) في مكان آخر ، أو على أنها بمثابة نفقة القرض ومؤنته .

فإذا كان المقرض (طالب التحويل) قد إنتفع بسقوط خطر الطريق ، فإن المقترض ـ إذا اعتبرنا العمولة أجرة على تسليم القرض في مكان آخر ـ قد انتفع بالأجرة ، وهي جائزة ، لأنها مقابل خدمة معتبرة شرعاً .

وأما إذا اعتبرنا العمولة مقابل نفقة القرض ، فإن الفقهاء نصو على إلزام المقترض مؤنة القرض ، إذا اشترط تسليمه في بلد آخر ، غير بلد الإقراض .

---

٣٥ ـ أبو يحيى زكريا الأنصاري : شرح منهاج الطلاب مع حاشية البجريمي جـ ٢، ص ٣٥٥ .

(القاهرة : مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده ١٩٥٠) .

المبحث الثالث
بيع وشراء العملات

يتم بيع وشراء العملات في المصارف التجارية بطرق متنوعة .

وسوف أبحث ذلك في مطلبين :

المطلب الأول : التحويلات الخارجية .

المطلب الثاني : صور أخر لبيع وشراء العملات .

المطلب الأول : التحويلات الخارجية

أ - كيفية التنفيذ

تعتبر التحويلات الخارجية وسيلة هامة في نقل الحقوق والالتزامات من بلد لآخر .

وتنفذ التحويلات الخارجية بالبريد العادي ، أو تلغرافياً ، أو بالتلكس ، أو بالشيكات المصرفية ، بالإضافة إلى خطابات الاعتماد (٣٦) ، والشيكات السياحية (٣٧) .

وتتلخص عملية التحويلات الخارجية في أن يقوم العميل بدفع المبلغ الذي يريد تحويله للمصرف مناولة ، أو يخصم من حسابه الجاري لدى المصرف بأن يقيد

---

٣٦ - خطابات الاعتماد عبارة عن «رسالة تجارية صادرة من بنك إلى آخر يقع في قطر آخر ، أو صادرة من بنك إلى عدة بنوك يقع كل منها في قطر يختلف عن الآخر... وينص هذا الخطاب أن يدفعوا لحامله مبلغاً معيناً مرة واحدة أو على مرات حسب طلبه...»

(كمال الدين صدقي : بنوك الودائع ، مرجع سابق ، ٣٨٠) .

٣٧ - الشيك السياحي عبارة عن «أوامر موقع عليها من المخولين بالبنوك إلى وكلائها المفوضين بالصرف بدفع القيمة الموضحة للمستفيدين خصماً من حساباتها لدى هؤلاء..» .

محمود فهمي " أعمال قسم الصرف الأجنبي ، ص ١ ، محاضرتان منشورتان ، ضمن محاضرات معهد الدراسات المصرفية بالقاهرة ، للعام الدراسي الثالث ١٩٥٧).

في الجانب المدين ، ولا يسلم البنك للعميل مايعادل قيمة العملة الوطنية بالعملة الأجنبية نقداً ، بل يسلمه شيكاً سياحياً أو خطاب أعتماد ، وذلك إذا كان المستفيد هو طالب التحويل نفسه ، وأما إذا كان المستفيد شخصاً آخر ، فإن المصرف يوجه أوامره لفرعه ، أو مراسله بالخارج تلغرافياً ، أو بالبريد العادي ليقوم بالدفع لصالح المستفيد .

وقد يسلم المصرف طالب التحويل شيكاً مصرفياً ـ إذا رغب في ذلك ـ ليرسله بنفسه للمستفيد .

وفي كل الأحوال فإن طالب التحويل يستلم إيصالاً بالبملغ المحول .

عائد المصرف من التحويلات الخارجية

يتقاضى المصرف مقابل قيامه بالتحويلات الخارجية فرق السعر بين العملتين (٣٨) ، بالإضافة إلى العمولة والمصاريف الفعلية .

ب ـ الوصف الشرعي

السفتجة والتحويلات الخارجية

يتضح مما تقدم أن التحويلات الخارجية تختلف عن السفتجة ، وذلك أن الأولى تجرى بنقدين مختلفين ، بينما الأخيرة تجرى بنقد واحد .

عقد الصرف والتحويلات الخارجية

معنى الصرف :

يقول الكاساني : «الصرف في متعارف الشرع اسم لبيع الأثمان المطلقة بعضها ببعض وهو بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، وأحد الجنسين بالآخر... (٣٩) .

---

٣٨ ـ وهذا الفرق يعرف بسعر الصرف ، أي ثمن العملة الأجنبية ، بالعملة الوطنية .

٣٩ ـ علاء الدين أبى بكر الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع جـ ٧ ، ص٣١٨١ .

(الناشر : زكريا علي يوسف ـ مطبعة الامام ، القاهرة بدون تاريخ) .

ونوضح هنا أن بيع الأصناف الربوية في نطاق المثمنات (المطعومات) ، يسمى مقايضة ، وفي نطاق الأثمان (الذهب والفضة) يسمى صرفاً .

وقد أجازت السنة النبوية بيع الأصناف الربوية ببعضها . مع زيادة أحد البدلين. وذلك بشرطين :

الشـرط الأول : اختـلاف الجنـس .

الشـرط الثاني : التقابض في المجلس .

يدل على ذلك حديث عبادة بن الصامت :

عن عبادة بن الصامت ، قال : قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ «الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يد بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» أخرجه الجماعة إلا البخاري (٤٠) واللفظ لمسلم (٤١) فقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ «فإذا اختفلت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يد بيد» يدل على جواز بيع الأصناف الربوية المختلفة الجنس ببعضها مع زيادة أحد البدلين ، وذلك إذا تم التقابض بين الطرفين في مجلس العقد .

والذي يهمنا ـ في هذا الموضع ـ بيع الأصناف الربوية في نطاق المثمنات (الذهب والفضة) والذي يسمى صرفا .

وهنا نثير السؤال الآتي :

هل العملات الورقية من الأصناف الربوية التي تدخل في نطاق الصرف ؟

وبمعنى آخر : هل تتحقق الثمنية في العملات الورقية وتأخذ حكم الذهب والفضة ؟

---

٤٠ ـ أبو محمد عبدالله الزيلعي : نصب الراية لأحاديث الهداية ، جـ ٤ ص ٣٨ .

(الناشر : المكتبة الاسلامية ، بدون تاريخ) .

٤١ ـ يحيى بن شرف النووى ، صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ ١١ ، ص ١٤ .

(بيروت : دار احياء التراث العربي ، بدون تاريخ) .

للإجابة على هذا السؤال نذكر آراء الفقهاء في علة الربا في النقدين (الذهب والفضة) مع المناقشة .

أولاً : التعليل بالوزن مع اتحاد الجنس

يرى الأحناف أن علة الربا في النقدين وجود القدر (الوزن) مع إتحاد الجنس وذلك بالنسبة لربا الفضل (٤٢) ، وهذا الرأي هو المشهور عن الامام أحمد (٤٣)

. وبالنسبة لربا النساء فإن العلة عند الحنفية هي الوزن سواء اتحد الجنس أم اختلف(٤٤) ، وقد اتفق الحنابلة مع الحنفية في هذا التعليل (٤٥) .

وأخطر مايرد على التعليل بالوزن ـ بالنسبة للنقدين ـ في الوقت الحاضر ، أن الأخذ به يؤدي إلى عدم جريان الربا في الورق النقدي والفلوس (٤٦) ، وذلك لأن علة النساء (الوزن) التي تتحقق في النقدين ، غير متحققة في النقود الورقية والفلوس ، لأنهما لايوزنان وبالنسبة لربا الفضل فإن الوزن هو أحد جزأي العلة (الوزن مع اتحاد الجنس) .

وهذه النتيجة ـ التي يؤدي إليها التعليل بالوزن ـ لايمكن قبولها شرعاً في هذه الظروف ، التي أساس التعامل فيها يقوم على الورق النقدي ، فالقول بعدم جريان الربا في الورق النقدي ، يترتب عليه صحة بيع ألف دولار بعشرة آلاف جنيه سوداني ـ مثلاً ـ مؤجلة إلى شهرين ، وقد يترتب عليه إباحة القرض بفائدة

---

٤٢ ـ الكاساني : بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، جـ ٧ ، ص ٣١٠٦ .

٤٣ ـ أبومحمد عبدالله بن قدامة : المغني ، جـ ٤ ، ص ٥ .

(القاهرة : المكتبة التجارية الكبرى ١٩٧٠) .

٤٤ ـ الكاساني : بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، جـ ٧ ، ص ٣١٠٦ .

٤٥ ـ ابن قدامة : المغني ، مرجع سابق ، جـ ٤ ، ص ٩ .

٤٦ ـ يقصد بالفلوس مايتعامل به من غير الذهب والفضة ، كالقرش والفلس ، والمليم، وغير ذلك من النقد المتخذ من النيكل ، أو النحاس ، مادام التعامل به قائماً .

(محمد نجيب المطيعي : تكملة المجموع (التكملة الثانية) المجلد الرابع عشر ، ص٣٦١ .

الناشر : المكتبة السلفية > المدينة المنورة ، بدون تاريخ) .

تحت ستار البيع ، وذلك كبيع الف دولار ، بألف وثلاثمائة دولار مؤجلة إلى ثلاثة أشهر مثلاً .

وبناء على التعليل بالوزن أباح الأستاذ محمد باقر الصدر للمصرف اللاربوي بيع ثمانية دنانير بعشرة مؤجلة إلى شهرين مثلاً ، لأن الثمن هنا ـ كما يقول الأستاذ الصدر ـ وإن زاد على المثمن مع وحدة الجنس فإن ذلك لايدخل في الربا المحرم في البيع ، مالم يكن العوضان من المكيل أو الموزون ، والدينار الورقي ليس مكيلاً ولا موزوناً ..... وقد علق الدكتور سامي حمود على ذلك بقوله «وإننا مع احترامنا لخط الالتزام الذي يسير فيه الأستاذ الصدر مع مايقول به فقهاء المذهب الجعفري الأقدمون في تعليل الربا في النقدين بالوزن كما يذهب الأحناف ، فإن الواقع يقتضي ـ وقد تغير الحال ـ ألا يقف الدارس المعاصر للمسائل الفقهية موقف الجمود على النصوص حتى لو تعارض ذلك مع مقصود الشرع .

وهذا هو ماعبر عنه الأستاذ الشيخ محمد جواد مغنية بصدق وجلاء في مؤلفه الجامع «فقه الامام جعفر الصادق» ... (٤٧)

ثانياً ـ التعليل بغلبة الثمنية

ذهب الشافعي إلى أن العلة في النقدين غلبة الثمنية ، وإن العلة فيهما لا تتعداهما إلى غيرهما .

جاء في المجموع «فالعلة عند الشافعي فيهما (أي النقدين) كونهما جنس الأثمان غالباً وهذه عنده علة قاصرة عليهما لاتتعداهما إذ لا توجد في غيرهما ... (٤٨)

وفي نهاية المحتاج «وعلة الربا فيه (أي في النقد وهو الذهب والفضة) جوهرية الثمن فلا ربا في الفلوس ولو راجت» (٤٩) .

---

٤٧ ـ سامي حمود : تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية ، مرجع سابق ، ص ١٨٧ .

٤٨ ـ محيي الدين يحيى بن شرف النووي : المجموع شرح المهذب ، جـ ٩ ، ص٣٩٤. (القاهرة ـ مطبعة التضامن الأخوي بالحسين ، بدون تاريخ) .

٤٩ ـ شمس الدين محمد الرملي : نهاية المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٤٣٣ .

(الناشر : مصطفى البابي الحلبي بمصر ، ١٩٧٦) .

والتعليل بغلبة الثمنية هو المشهور عند المالكية (٥٠)، وقال به الحنابلة في رواية ثانية(٥١).

ولكن القول بقصر غلبة الثمنية على النقدين إذا أمكن قبوله في الماضي ـ قبل ظهور الورق النقدي ـ فإنه لايمكن قبوله في العصر الحاضر . وذلك لأن الورق النقدي «يلقى قبولاً عاماً في التداول ويحمل خصائص الأثمان في كونه مقياساً للقيم ومستودعاً للثروة وبه الابراء العام ... وأن الثمنية متحققة بوضوح في الأوراق النقدية ، وأن الورق النقدي يعتبر نقداً قائماً بذاته كقيام النقدية في الذهب والفضة ... وهو أجناس مختلفة حسب جهة الاصدار... (٥٢) .

ثالثاً ـ التعليل بمطلق الثمنية

ذهب المالكية في أحد أقوالهم إلى أن العلةفي النقدين مطلق الثمنية ، وهذا القول خلاف المشهور (٥٣) .

وقد جاء في المدونة عن مالك من كتاب الصرف «ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى يكون لها سكة وعين لكرهت أن تباع بالذهب والورق نسيئه» (٥٤) .

وقال محمد ـ من الجنفية ـ بمطلق الثمنية في النقدين ، حيث منع بيع الفلوس بجنسها مع التفاضل ، لجريان الربا فيها ، لأنها صارت أثماناً (٥٥) .

واعتبارها أثمان ليس لغلبة الثمنية ، وإنما لمطلق الثمنية .

---

٥٠ ـ حاشية العدوى على الخرشي ، جـ ٥ ، ص ٥٦ (الناشر : دار صادر بيروت بدون تاريخ) .

٥١ ـ ابن قدامة : المغني ، مرجع سابق ، جـ ٤ ، ص ٥ .

٥٢ ـ مجلة البحوث الاسلامية : اصدار رئاسة البحوث العلمية والافتاء ، والدعوة والارشاد (دورة رجب ، شعبان ، رمضان ١٣٩٥ هـ) . الرياض . ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

٥٣ ـ حاشية العدوى على الخوشي ، مرجع سابق جـ ٥ ص ٥٦ .

٥٤ ـ مجلة البحوث الاسلامية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٨ .

٥٥ ـ الكاساني : بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، جـ ٧ ، ص ٣١١٠ .

والقول بمطلق الثمنية هو إحدى الروايات عن الإمام أحمد ، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تميمة (٥٦) .

وهذا التعليل هو المختار عندي لأنه يتفق مع مقاصد الشريعة الاسلامية في تحريمها للربا .

وبناء على التعليل بمطلق الثمنية أفتت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء بالملكة العربية السعودية ، بجريان الربا في الأوراق النقدية ، وغيرها من الأثمان كالفلوس ، ورأت اللجنة أن التعليل بمطلق الثمنية ، هو الأظهر دليلاً والأقرب إلى مقاصد الشرع وهو أحد الروايات عن الأئمة مالك ، وأبى حنيفة ، وأحمد .... كما هو اختيار بعض المحققين من أهل العلم كشيخ الاسلام ابن تميمة وتلميذه ابن القيم وغيرهما ...» (٥٧)

ونخلص إلى أن الربا يجري في العملات الورقية وأنها أجناس مختلفة وواضح مما تقدم أن التحويلات الخارجية تؤدي إلى بيع نقد بنقد آخر من غير جنسه ، وهي بذلك ـ بناء على القول بمطلق الثمنية ، وأن العملات الورقية أجناس مختلفة ـ تعتبر عقد صرف، أو عقد صرف ووكالة ، ويتضح ذلك مما يلي :

١ ـ إذا كان المستفيد هو طالب التحويل نفسه ، فإن التحويل يكون عقد صرف، لأن المستفيد يستلم شيكاً سياحياً ، أو خطاب اعتماد .

٢ ـ إذا كان المسفيد شخصاً آخر ، وكان التحويل بالشيك المصرفي فإن التحويل يكون عقد صرف أيضاً ، لأن طالب التحويل يستلم الشيك المصرفي ويرسله بنفسه للمستفيد .

٣ ـ وأما إذا كان المستفيد شخصاً آخر ، وكان التحويل بالبريد العادي ، أو تلغرافياً، أو عن طريق التكلس ، فإن التحويل يكون عقد صرف ووكالة ، وذلك لأن عقد الصرف يتم باجراء القيود الحسابية ، واستلام الآمر بالتحويل إيصالاً بالمبلغ المحول ، وبما أن عقد الصرف قد اكتمل باستلام الإيصال ، فإن مايقوم به المصرف بعد ذلك (أي تسليم مبلغ التحويل للمستفيد) يعتبر عقد وكالة ، لأن المصرف يقوم بذلك بناء على طلب الآمر بالتحويل .

---

٥٦ ـ مجلة البحوث الاسلامية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٦ .

٥٧ ـ المرجع السابق ، ص ٢٠٩ .

وبما أننا قد انتهينا إلى أن التحويلات الخارجية تعتبر عقد صرف ، أو عقد صرف ووكالة ، فإن جواز عقد الصرف في هذه الحالة يتوقف على تحقق القبض بين الطرفين (البنك والعميل) في مجلس العقد ، فالننظر في تحقق هذا الشرط .

تقدم أن القبض بين الطرفين يتم بالقيود الدفترية والحسابية ، وقد يتم التسليم المادي (نقداً) من العميل ، فهل تقوم هذه القيود الدفترية والحسابية مقام القبض المادي في مجلس العقد ؟.

نرى أن القبض بالكيفية المتقدمة في التحويلات الخارجية ، يقوم مقام القبض المادي، إعتباراً بالعرف المصرفي ، حيث لا يترتب على ذلك محظور شرعي ، ولما في ذلك من المصلحة الخاصة والعامة، ، فالتحويلات الخارجية لا يستتغني عنها الناس في معاملاتهم المالية والتجارية ، وفي عدم اعتبار العرف ـ في هذه الحالة ـ تضييق وحرج لايتفقان مع أصول الشريعة الاسلامية السمحة وقواعدها .

يقول الدكتور/مصطفى الزرقاء : «ويشترط في العرف الا يترتب عليه مخالفة للأدلة الشرعية ، فإذا لم يترتب عليه ذلك ، فالعرف عندئذ مقبول له سلطان محترم» (٥٨) .

وواضح مما ذكرناه أن القبض بالقيود الحسابية ليس فيه مخالفة للأدلة الشرعية ، ولايترتب عليه محظور شرعي .

وبناءً على ماتقدم فإن مايأخذه المصرف من فرق السعر بين العملتين يصبح أمراً مشروعاً .

وأما بالنسبة للعمولة فيمكن تخريجها على أساس أنها أجر مقابل خدمة معتبرة شرعاً ، وهي تسليم العملة الأجنبية في بلد آخر .

ويمكننا أن نعتبر العمولة من الزيادة المشروعة بنص الحديث «... فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد».

---

٥٨ ـ مصطفى الزرقاء : المدهل الفقهي العام ، تاريخه ونظرياته العامة ، الطبعة الثالثة ، جـ ٢، ص٨٨١ .

(القاهرة : دار النهضة العربية ١٩٦٦) .

المطلب الثاني ، صور أخر لبيع وشراء العملات

أ ـ كيفيــة التنفيــذ

يتم بيع وشراء العملات في البنوك التجارية بصور أخر ، غير طريقة التحويلات الخارجية ، التي سبق الحديث عنها ، والفارق بين البيع في التحويلات الخارجية وغيرها ، أن البيع في الحالات الأخر لايقصد به التحويل الخارجي .

ويمكن حصر هذه الصور في حالتين :

ـ **الحالة الأولى** : ألا يكون للعميل ـ الذي يرغب في شراء العملة ـ حساب جار في المصرف ، ففي هذه الحالة يدفع العميل لخزينة المصرف ما لديه من عملة، ثم يقبض مايقابلها من العملة الأخرى .

ـ **الحالة الثانية** : أن يكون للعميل حساب جار لدي المصرف ، وفي هذه الحالة يتم بيع وشراء العملات بثلاثة طرق :

ـ **الطريق الأول** : يأمر العميل المصرف بأن يخصم من حسابه الجاري ، ـ وهو دين في ذمة المصرف ـ المبلغ الذي يريد بيعه له ، ويقوم المصرف بقيد المبلغ في الجانب المدين من حساب العميل ثم يسلمه ـ نقداً ـ مايقابله من العملة التي يرغب فيها .

ـ **الطريق الثاني** : يدفع العميل المبلغ نقداً ، على أساس أن يضيف المصرف المبلغ المقابل للحساب الجاري للعميل لدى المصرف .

ـ **الطريق الثالث** : قد يكون للعميل حسابان بعملتين مختلفتين (أحدهما بالدولار والآخر بالدرهم مثلاً) فيبيع العميل للمصرف مبلغاً من حسابه بالدورلار ليضيف مايقابله بالدرهم إلى حسابه الجاري بنفس العملة المشتراة .

ب ـ الوصــف الشرعــي

بناءً على ماذكرناه في حديثنا عن التحويلات الخارجية يتضح لنا أن بيع وشراء العملات في الحالات السابقة ، يعتبر عقد صرف .

ونثير نفس السؤال السابق وهو : هل يتحقق شرط التقايض في المجلس في الحالات السابقة ، فيكون عقد الصرف صحيحاً أم لايتحقق فينتفي الجواز ؟.

نجيب على هذا السؤال تفصيلاً فيما يلي :

- في الحالة الأولى : يتم القبض في المجلس على أساس خذ وهات ، كما هو واضح.

وفي الحالة الثانية التي تتفرع إلى ثلاثة طرق ، فإن القبض قد تحقق أيضاً ، ويقتضي الأمر أن نوضح كل طريقة على حدة .

- تحقيق القبض في الطريقة الأولى : يدل عليه حديث ابن عمر (رضي الله عنه) يقول ابن عمر «أتيت النبي (صلى الله عليه وسلم) - فقلت إني أبيع الإبل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم ، وآخذ الدنانير ، فقال : لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ، مالم تتفرقاو بينكما شيء» - رواه الخمسة (٥٩) .

ووجه الدلالة في الحديث أن عقد الصرف قد تم بين ابن عمر ودائنه ، دون أن يقبض ابن عمر من مدينه الدنانير أو الدراهم أولا ، وإنما قبض منه مايقابل ماكان له من دين عليه في شكل دنانير أو داراهم (٦٠) .

يقول الشوكاني : الحديث «دليل عن جواز الاستبدال عن الثمن الذي في الذمة بغيره»(٦١).

ولما كان الحساب الجاري الدائن يعتبر ديناً للعميل في ذمة المصرف ، فإنه يصح اجراء عقد الصرف بين العميل والمصرف على أساس أن يستلم العميل نقداً من مدينه، يقابل ماله من دين بالعملة الأخرى .

---

٥٩ - محمد بن علي الشوكاني : نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار ، شرح منتقى الأخيار ، جـ٥، ص ٢٥٤ (القاهرة : مطبعة مصطفى الحلبي ، بدون تازيخ) .

٦٠ - محمد بن رش : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، جـ ٢ ، ص ١٧٥ . (القاهرة : المكتبة التجارية الكبرى ، بدون تاريخ) .

٦١ - الشوكاني : نيل الأوطار ، مرجع سابق ، جـ ٥ ، ص ٢٥٥ .

وقد يبدو أن هناك تعارضاً بين حديث ابن عمر المتقدم ، وحديث أبي سعيد الخدري «... ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» (٦٢) .

وقد بين ابن عبد البر أن ليس هناك تعارض بين حديث ابن عمر المتقدم ، وحديث أبى سعيد الخدري .

يقول تقي الدين السبكي : موضحاً رأي ابن عبدالبر ـ وليس الحديثان بمتعارضين عند أكثر الفقهاء ، لأنه يمكن استعمال كل واحد منهما ، فحديث ابن عمر مفسر ، وحديث أبى سعيد الخدري مجمل ، فصار معناه ، لا تبيعوا منها غائباً ليس في ذمة بناجر ، وإذا حملا على هذا لم يتعارضا» (٦٣) .

ـ تحقق القبض في الطريقة الثانية : يتحقق القبض على أساس أن تقييد المبلغ في الحساب الجاري للعميل لدى المصرف بمثابة القبض المادى (يداً بيد) ، استناداً للعرف المصرفي ، ولعدم وجود ذريعة تؤدي إلى الربا ، فالعرف في مثل هذه الحالة معتبر شرعاً .

ـ تحقق القبض في الطريقة الثالثة : يتم قبض المصرف بخصم مبلغ الدولارات المبيعة من الحساب الجاري للعميل ، وذلك بتقييدها في الجانب المدين من الحساب ، ويتم قبض العميل باضافة مايقابل الدولارات المبيعة بالدرهم إلى حسابه الجاري بنفس العملة المشتراة .

ويعتبر القيد الدفتري بين الأطراف بمثابة القبض المادي ، استناداً لما ذكرناه في الحالات السابقة .

والحمد لله أولاً وآخراً وصلي الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين :

---

٦٢ ـ تكملة الحديث : عن أبى سعيد قال : قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائباً بناجر» متفق عليه .

(الشوكاني " نيل الأوطار ، مجلد ٣ ، جـ ٥ ، ص ١٩٠ ، الناشر : دار القلم بيروت) .

٦٣ ـ سامي حمود : تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشزيعة الاسلامية ، مرجع سابق ، ص٣٧٤ .

ـ تقي الدين السبكي : تكملة المجموع شرح المهذب ، جـ ١٠ ، ص ١١١ ، (القاهرة : طبع على نفقة شركة من كبار علماء الأزهر ، غير محدد الطبعة ، وبدون تاريخ) .

البحوث والدراسات القانونية

الدَّوْلَة فِي القُرْآن الكَرِيم

بقلم الدكتور ماجد راغب الحلو *

---

* رئيس قسم القانون بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات ، وأستاذ القانون العام بجامعة الاسكندرية . له العديد من المؤلفات والأبحاث في القانون الإداري والقانون الدستوري والإدارة العامة.

مقدمـــة :

أصبحت الدولة منذ زمن بعيد هي الكيان القوي الراجح للتجمعات البشرية في الأرض بلا منازع . وباتت دراستها - بحكومتها وشعبها وأرضها - من أهم موضوعات البحث في علوم متعددة أهمها القانون الدستوري . غير أن البحث ما زال مفتقرا إلى معرفة ماورد بشأن الدولة من آيات وأحكام في القرآن الكريم وهو آخر رسالات الله جلت قدرته إلى عباده .

وفي هذا البحث الموجز نقف عند بعض ماجاء بالكتاب الحكيم من آيات بينات عن الدولة وعناصرها ، كما نعرفها في أيامنا الحاضرة . وذلك للتفكير فيها وتدبر أمرها ، سعيا وراء العلم الأكمل والخير الأعم الذي يمكن أن يستنبط من ذلك الكتاب القيم الذين تتجدد نفحاته وفضائله على مر الزمن ، وستظل آياته ناطقة بالحق والخير والحكمة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

والدولة - في أبسط تعريفاتها - هي شعب يستقر في أرض معينة ، ويخضع لحكومة منظمة (١) .

ونتحدث فيما يلي في فصلين متميزين عن وجود الدولة وعناصرها .

---

(١) وتستخدم كلمة الدولة أحيانا بمعنى الحكومة أو السلطات العامة في الدولة ، فيقال مثلا أن أمرا معينا تنظمه الدولة . وتستخدم كلمة الدولة أيضا بمعنى أضيق من ذلك فيراد بها السلطة المركزية في علاقتها بالسلطات اللامركزية ، فيقال - على سبيل المثال - أن الشخص المحلي أو المرفقي يخضع للوصاية الادارية للدولة .

الفصل الأول
وجـود الدولة

عرفت الدولة منذ زمن بعيد ، وأشار اليها القرآن الكريم في مواضع كثيرة ولكن بالفاظ أخرى متعددة . اختلفت معانيها في الماضي عما صارت اليه الآن . ونتحدث فيما يلي عن نشأة الدولة والكلمات الدالة عليها في كتاب الله .

نشأة الدولـــة :

ظهرت الدولة كتنظيم للجماعات البشرية منذ فجر التاريخ . غير أن الدولة القديمة كانت – في الغالب – صغيرة متواضعة بالمقارنة بالدولة الحديثة . وكانت تتمثل في مدن كالمدن اليونانية والرومانية المعروفة ، أو قرى كقرى عاد وثمود وغيرها من القرى التي أهلكها الله بظلمها . وهذا لا يعني انعدام الدول الكبيرة نسبيا في الماضي البعيد ، وقد حدثنا القرآن الكريم عن الدولة المصرية وفرعونها، وعن الفرس والروم والحروب التي دارت رحاها بينهما كدولتين كبيرتين .

ويرى بعض الفقهاء أن كل مجتمع سياسي يعتبر دولة ، مادام يقوم على أساس من التفرقة بين الحكام والمحكومين (١) . وان تعلق الأمر بمجتمع بدائي لم يصل بعد – من حيث درجة التنظيم السياسي – الى التفرقة بين أشخاص الحكام وبين الدولة كشخص معنوي متميز عنهم . أي ولو كانت سلطة الدولة مجرد سلطة فعلية يتمتع بها الحكام وتنتهي باختفاء أشخاصهم كما كان يحدث في الماضي السحيق وفي العصور الوسطى. ويرى آخرون أن الدولة لا توجد الا بظهور التفرقة بين شخصية الدولة كوجود مستقل ، وبين أشخاص حكامها . لذلك ينكر البعض على الامبراطوريات الشرقية القديمة ، كتلك التي قامت في مصر وفارس صفة الدولة ، ويرى أن الدولة لم تقم من الناحية التاريخية الا منذ ظهور المدن السياسية اليونانية والرومانية القديمة التي كانت دولا حقيقية رغم صغر حجمها . وقد اختفى وجود الدولة بهذا المعنى بسقوط الامبراطورية الرومانية الغربية ،

---

(١) راجع : L. Duguit, Traité de droit constitutionnel , t. I. 3 e éd ., P.536

حيث أصبح الأفراد تابعين تبعية شخصية للسادة الاقطاعيين ، واضمحلت فكرة الدولة كشخص مجرد مختلف عن أشخاص الحكام(١) . ولم تعد الدولة كشخصية متميزة عن أصحاب السلطة فيها الى الظهور في أوربا المسيحية بوضوح إلا منذ القرن السادس عشر وذلك في انجلترا وفرنسا وأسبانيا ، حيث قامت التفرقة بين سلطة الحكم في الدولة وبين الحكام كممثلين للدولة، يستخدمون سلطتها خلال فترة ولايتهم . ويطلق بعض الفقهاء على هذه العملية - وهي الانتقال من مرحلة الخلط بين شخصية الدولة الدائمة المستقرة وحكامها المتعاقبين الزائلين الى مرحلة التمييز بينهما - اصطلاح institutionalisation du pouvoir أى تجريد السلطة . وبهذه العملية حلت السلطة القانونية أو الشرعية القائمة على قواعد عامة تستهدف صالح الجماعة ، محل السلطة الفعلية أو الشخصية القائمة على ما يتمتع به الحاكم من عوامل التفوق المادية كالقوة والغنى ، أو المعنوية كالحكمة والمكر بما يمكنه من اخضاع الآخرين لأوامره ، والسيطرة على مقاليد الأمور في الجماعة ، خلال فترة من الزمن ، الى أن يموت أو يتمكن غيره من إسقاطه والحلول محله .

ونعتقد أن التفرقة بين أشخاص الحكام وذاتية الدولة قد وجدت - من الناحية العملية - منذ نشأة الجماعات البشرية المستقلة بأرضها وحكومتها ، وقبل ظهور نظرية الشخصية المعنوية وما يتصل بها من نصوص قانونية أو دراسات فقهية . وذلك لأن الناس كانوا يدركون بفطرتهم أن للدولة كيانا متميزا عن كيان حكامها ، وان كانوا يمثلونها أو يعبرون عن ارادتها ويتولون زمام الأمور فيها . فلم يكن يخفى حتى على البسطاء من الناس أن الحكام يتغيرون ويتعاقبون في السلطة ، فيخلف الخلف منهم السلف الذي يسقط بالموت أو القهر ، أو يترك الحكم مختارا في بعض الأحوال النادرة . أما الدولة - أيا كانت تسميتها - فتبقى بشعبها المتميز المستمر رغم تعاقب أجياله بمواليده وأمواته ، وأرضها التي يتخذها شعبها مستقرا ومستودعا، وحكومتها التي تواصل ولاية أمرها رغم تغير وجوه أصحابها. لذلك لا نستطيع أن ننكر على الأمبراطوريات الشرقية القديمة كمصر وفارس صفة الدولة ، خاصة وقد كانت قوانينها أو أعرافها تبين كيفية انتقال السلطة بين حكامها الذين كانوا يتلقونها في الغالب عن طريق التوارث .

---

(١) راجع في ذلك : دكتور ثروت بدوي : أصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب السياسية الكبرى - الجزء الأول - ١٩٦٧ - ص ١٠٩ وما بعدها .

وقد عرف الإسلام – باعتراف الفقهاء الغربيين أنفسهم – فكرة الدولة كذات مجردة أو شخصية مستقلة عن شخصيات حكامها المتعاقبين الذين يعتبرون أمناء على السلطة يمارسونها نيابة عن الأمة لفترة مؤقتة هي فترة ولايتهم .

تسمية الدولة :

وردت كلمة " دولة " في القرآن الحكيم مرة واحدة في قوله تعالى في الآية السابعة من سورة الحشر : " ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامي والمساكين وابن السبيل ، كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم ....." وقيل أن دولة بالضم ودولة بالفتح لغتان . وقيل دولة بالضم في المال وبالفتح في الحرب . ومعنى الآية الكريمة حتى لا يقع مال الفئ في أيدى الأغنياء فيتداولوه بينهم دون الفقراء. ومعنى التداول انتقال الشئ من شخص الى آخر . من ذلك قوله جل شأنه في سورة آل عمران : " وتلك الأيام نداولها بين الناس ...." (١) أي نجعلها يوما لجماعة ويوما لأخرى . كما تتداول النقود بين الأيدي . ويقال كذلك " الأيام دول " . ولعل في الاشتقاق اللغوي لكلمة دولة في العربية ما يفيد عنصر التأقيت والتعاقب .

غير أن عدم تكرار ذكر الدولة بمعناها الاصطلاحي الحديث في القرآن المجيد لا يعني التقليل من شأنها أو عدم الاهتمام بها . اذ أن الدول في الماضي كانت في غالبيتها صغيرة محدودة في مساحتها وسكانها ، لذلك عبر عنها القرآن العظيم في مواضع كثيرة بلفظ القرية أو المدينة أو البلد أو البلدة (٢) .

---

(١) الآية ١٤٠ من سورة آل عمران . انظر فتح القدير للشوكاني – الجزء الأول ١٩٦٤ – ص ٣٨٤ .

(٢) وقد تكرر استخدام كلمة " قرية " في القرآن الكريم ستا وخمسين مرة . أما كلمة " مدينة " فقد وردت في الكتاب أربعة عشرة مرة فقط ، منها أربع مرات بمعنى مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم وهي المدينة المنورة التي هاجر اليها. وأما كلمة بلد أو بلدة فقد جاءت بنفس عدد كلمة مدينة أي أربعة عشرة مرة . ووردت بالجمع أي " بلاد " خمس مرات . ومعنى ذلك أن استخدام كلمة القرية في الكتاب المبين يعادل أربع أضعاف استخدام كلمة " ، البلد أوالبلدة .

١ - لفظ القريـــــة :

ولفظ " القرية " هو أكثر الألفاظ التي استعملها القرآن الكريم للدلالة على التجمعات البشرية أو الوحدات السكانية أو التنظيمات السياسية التي كانت قائمة في الماضي أو وقت نزوله ، سواء أشكلت دولا بالمعنى المعروف أم كانت مجرد بلدان في داخل الدولة أو لا تتوافر فيها مقومات الدولة .

ومن استخدامات لفظ القرية للدلالة على معنى الدولة ماجاء بالقرآن الكريم على لسان ملكة سبأ : " ان الملوك اذا دخلوا قرية أفسدوها " . وذلك على الرغم من أن القرآن يتحدث عن سبأ كدولة منظمة لها حكومة مطاعة على رأسها ملكة قوية لها وزراء وقادة ومعاونون . وكانت تتبع في حكمها أسلوبا يمكن أن نسميه بلغة العصر ديموقراطيا يقوم على التشاور وتبادل الرأي ، عبرت عنه بقولها " ما كنت قاطعة أمرا حتى تشهدون " . وذلك عندما طلبت من ملئها الرأي في أمر الرد على كتاب سليمان عليه السلام ، الذي دعاهم فيه إلى الإسلام . وكانت دولة سبأ قوية، مما جعل كبراء ها يعتقدون أنهم يتسطيعون مواجهة سليمان بالقوة والبأس فقالوا نحن " أولوا قوة وأولوا بأس شديد " . وأوكلوا أمر اتخاذ القرار الى مليكتهم بقولهم : " والأمر اليك فانظري ماذا تأمرين " . وذلك على الرغم من أنها بدأت حوارها معهم بشأن كتاب سليمان عليه السلام بقولها : " ماكنت قاطعة أمرا حتى تشهدون " (١) .

وقد كان هذا المجتمع - فيما يبدو - يستجمع كافة عناصر الدولة من شعب أو قوم كانون يسجدون للشمس من دون الله وزين لهم الشيطان أعمالهم فصدهم

---

(١) وهذا يدل على أن الحكم في سبأ كان يقوم على أساس من التشاور ، وأن شعب سبأ - أو أشرافهم على الأقل - يتمتعون بنوع من أدب الحوار جميل ، عجيب بالنسبة لما كان سائدا في هذه العصور القديمة . كما يدل على أن ملكة سبأ كانت على قدر من الحكمة والتعقل ، تكشف عنه طريقتها في التعامل مع شعبها في شئون الحكم رغم أنها كانت " تملكهم وأوتيت من كل شئ ولها عرش عظيم " ، كما يكشف عنه تصرفها مع سليمان وطريقتها الهادئة في الرد عليه والتعامل معه ، وايمانها بالله بعد أن رأت من الآيات ما أقنعها وطمأن قلبها . أما ما ورد بقوله تعالى " وصدها ما كانت تعبد من دون الله ، انها كانت من قوم كافرين " فيفسر عدم اسلامها قبل لقائها بسليمان عليه السلام . أنظر الآيات ٣٢ وما بعدها من سورة النمل، وراجع في تفسيرها : سيد قطب : في ظلال القرآن - جـ ١٩ - ص ٢٦٣٦ ، وما بعدها .

عن السبيل فهم لا يهتدون ، وحكومة على رأسها ملكة ذات عرش عظيم ، ومجلس للتشاور والمعاونة في شئون الحكم ، وأرض باليمن هددهم نبي الله سليمان بالطرد منها – اذا لم يأتوه مسلمين – بقوله " ولنخرجنهم منها أذلة وهم صاغرون " (١). ومما يثبت أن لفظ القرية قد استخدم في بعض آيات القرآن المجيد بمعنى دولة ما يستفاد من قول الله تعالى :" وما أهلكنا من قرية الا لها منذرون " (٢) . ثم قوله جل شأنه بشأن آل فرعون في آية أخرى : " كدأب آل فرعون ، وكل كانوا ظالمين " (٣) . ومعلوم أن آل فرعون كانوا في مصر ، وأن مصر الفرعونية كانت دولة تضم مدائن وقرى كثيرة . ومع ذلك فقد اعتبرها القرآن من القرى الكثيرة التي أهلكها الله ولها منذرون (٤).

ب – كلمة المدينـــة :

وقد استخدمت كلمة " المدينة " في كتاب الله أيضا للدلالة على دولة صغيرة يسكنها قوم متميزون . فقد أرسل الله تعالى صالحا عليه السلام الى قوم ثمود

---

(١) راجع الآيات من ٢٢ الى ٤٤ من سورة النمل .

(٢) الآية رقم ٢٠٨ من سورة الشعراء .

(٣) الآية رقم ٥٤ من سورة الأنفلال .

(٤) أما استخدام لفظ القرية للدلالة على بلدة – صغيرة أو كبيرة – لا تشكل دولة ، فمثله ماجاء بقول الله تعالى على لسان الكفار المنكرين لرسالة محمد صلى الله عليه وسلم " وقالوا لولا نزل هذا القرآن على رجل من القريتين عظيم " . الآية رقم ٣١ من سورة الزخرف . والقريتان المقصودتان هما مكة والطائف ، وهما بلدتان صغيرتان بالحجاز لا تبعدان عن بعضهما أكثر من خمسين كيلو مترا . ومنها أيضا قول الله تعالى " وهذا كتاب أنزلناه مبارك مصدق الذي بين يديه ولتنذر أم القرى ومن حولها ... " (الآية رقم ٩٢ من سورة الأنعام) . وأم القرى المقصودة في الآية الكريمة هي مكة المكرمة ، لأنها أهم القرى العربية وأعظمها شأنا لوجود الكعبة المشرفة – التي يحج اليها الناس منذ القدم – على أرضها . فهي بمنزلة العاصمة من سائر البلدان والقرى الأخرى التي حولها . ويؤكد هذا المعنى كذلك قول الحق جل وعلا " وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا ، وما كنا مهلكي القرى الا وأهلها ظالمون " (الآية رقم ٥٩ من سورة القصص) . راجع تفسير ابن كثير – طبعة الشعب – جزء ٦– ص ٢٥٧. ويقول جل شأنه في الآية ٥٩ من سورة الكهف "وتلك القرى أهلكناهم لما ظلموا ، وجعلنا لمهلكهم موعدا " والمقصود أهل تلك القرى كعاد وثمود وغيرهما . أنظر تفسير الجلالين ص ٣٨٩ .

فتآمروا عليه في مدينتهم ليقتلوه . وفي ذلك يقول سبحانه : " ولقد أرسلنا الى ثمود أخاهم صالحا أن أعبدوا الله فاذا هم فريقان يختصمون . قال ياقوم لم تستعجلون بالسيئة قبل الحسنة ... الآية (١) وكان في المدينة تسعة رهط يفسدون في الأرض ولا يصلحون . قالوا تقاسموا بالله لنبيتنه وأهله ثم لنقولن لوليه ما شهدنا مهلك أهلك وانا لصادقون " (٢).

---

(١) الأيتان ٤٥ ، ٤٦ من سورة النمل .

(٢) الأيتان ٤٨ .٤٩ من سورة النمل .

وقد وردت كلمة المدينة أيضا بآيات متعددة من القرآن الكريم ، بعضها يتعلق بمدينة الرسول صلى الله عليه وسلم أو المدينة المنورة مثل قوله تعالى : " ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الأعراب أن يتخلفوا عن رسول الله " (الآية رقم ١٢٠ من سورة التوبة) . وفي آيات أخرى يقصد بالمدينة عاصمة الدولة أو حاضرتها . من ذلك قوله جل شأنه " ودخل المدينة على حين غفلة من أهلها " . (الآية رقم ١٥ من سورة القصص) . فالمقصود بالمدينة هنا عاصمة الدولة ومقر حكومتها . لأن موسى لم يكن قد خرج بعد من مصر متوجها تلقاء مدين، الى أن جاء رجل من أقصى المدينة يسعى ، قال ياموسى ان الملأ يأتمرون بك ليقتلوك فاخرج اني لك من الناصحين . ومما يؤكد أن المدينة في هذا السياق هي جزء من الدولة قول الله تبارك وتعالى على لسان الملأ من قوم فرعون بعد أن ألقى موسى عليه السلام عصاه فاذا هي ثعبان مبين ، ونزع يده فاذا هي بيضاء للناظرين : " قال الملأ من قوم فرعون ان هذا لساحر عليم ، يريد أن يخرجكم من أرضكم فماذا تأمرون ؟ قالوا أرجه وأخاه وأرسل في المدائن حاشرين ، يأتوك بكل ساحر عليم ..." (الآيات ١٠٩، ١١٠، ١١١، ١١٢ من سورة الأعراف). فالمدائن هي جمع مدينة ، مما يفيد وجود مدن أخرى أو مدائن متعددة داخل مملكة فرعون أو دولة مصر .

وقد استخدم لفظ المدينة كمرادف للفظ القرية في بعض آيات الذكر الحكيم . من ذلك ما ورد في قصة لقاء موسى والخضر عليهما السلام عندما اتبع أولهما الثاني على أن يعلمه مما علمه الله " فانطلقا حتى إذا أتيا أهل قرية استطعما أهلها فأبوا أن يضيفوهما ، فوجدا فيها جدارا يريد أن ينقض فأقامه ، قال لو شئت لاتخذت عليه أجرا ، قال هذا فراق بيني وبينك سأنبئك بتأويل مالم تستطع عليه صبرا " (الأيتان ٧٧و٧٨ من سورة الكهف) . وفي معرض تأويله لما لم يستطع موسى عليه السلام عليه صبرا قال بشأن الجدار : " وأما الجدار فكان لغلامين يتيمين في المدينة ، وكان تحته كنز لهما ، وكان أبوهما صالحا ، فأراد ربك أن يبلغا

جـ - كلمة البلدة :

أما كلمة البلد أو البلدة فقد ورد ذكرها بالكتاب المبين كذلك بمعنى الدولة . ومن استخدام لفظ البلدة بمعنى الدولة ماجاء في القرآن الكريم عن قصة سبأ . ذلك المجتمع الذي كان أهله مؤمنين فتفضل الله عليهم بكرمه ورزقه . " لقد كان لسبأ في مساكنهم آية ، جنتان عن يمين وشمال كلوا من رزق ربكم واشكروا له **بلدة** طيبة ورب غفور"(١). ومهد الله لهم طرق القوافل والتجارة وأمنها . "وجعلنا بينهم وبين القرى التي باركنا فيها قرى ظاهرة . وقدرنا فيها السير ، سيروا فيها ليالي وأياما آمنين" (٢) ، فلما كفروا بأنعم الله دمرهم ومزقهم كل ممزق . والمعروف أن سبأ كانت مملكة بأرض اليمن وقصتها مع سليمان عليه السلام معروفة (٣) .

= أشدهما ويستخرجا كنزهما رحمة من ربك ، وما فعلته عن أمري .. " (الآية رقم ٨٣ من سورة الكهف).

فالمدينة في هذه الآية هي نفسها القرية التي رفض أهلها استضافة موسى والخضر عليهما وعلى نبينا الصلاة والسلام .

كما استخدم لفظ المدينة ولفظ القرية كمترادفين أيضا في قوله تعالى بشأن قوم لوط : " وجاء أهل المدينة يستبشرون ، قال أن هؤلاء ضيفي فلا تفضحون "، (الآيتان ٦٧و ٦٨ من سورة الحجر). ثم قوله تعالى بشأن نفس القوم : " ولوطا آتيناه حكما وعلما ونجيناه من القرية التي كانت تعمل الخبائث ، انهم كانوا قوم سوء فاسقين " (الآية رقم ٧٤ من سورة الأنبياء).

(١) الآية رقم ١٥ من سورة سبأ . أنظر تفسير الطبري - جـ ٢٢ - ص ٧٦ ومابعدها .

(٢) الآية ١٨ من سورة سبأ . راجع تفسير الطبري - جـ ٢٢ - ص ٨٣

(٣) وقد سميت احدى سور القرآن الكريم باسم " البلد " . وفيها يقول الله تبارك وتعالى : " لاأقسم بهذا البلد ، وأنت حل بهذا البلد .." (الآيتان الأولى والثانية من سورة البلد) . والبلدالمقصود في هذه الآية هي مكة المكرمة . ومنها قوله جل شأنه على لسان ابراهيم الخليل عليه السلام : " رب اجعل هذا البلد آمنا ... " (الآية ٣٥ من سورة ابراهيم) . فكلمة البلد أو البلدة قد تعنى المدينة أو القرية بالمعنى الحديث ، أي جزء من الدولة . ولعل هذا المعنى هو الذي يفهم من قول الله تعالى : " وفرعون ذي الأوتاد ، الذين طغوا في البلاد ... " (الاية رقم ١١ من سورة الفجر) ، أي الذين طغوا في بلاد مصر ، أي في مدنها وقراها.

ومن استخدامات كلمة بلد بمعنى الدولة أيضا ماجاء بقول الله جل شأنه : "ألم تر كيف فعل ربك بعاد ، ارم ذات العماد ، التي لم يخلق مثلها في البلاد " (١) والمراد - فيما يبدو لنا والله تعالى أعلم - التي لم يخلق مثلها في سائر الدول والتجمعات البشرية القائمة في ذلك الوقت على الأقل ، وليس في المدن أو القرى الواقعة في اطار اقليم قوم عاد فحسب .

---

(١) الآيات ٦و٧و٨ من سورة الفجر . أنظر جامع البيان عن تأويل القرآن للطبري - جـ ٣٠ - ١٩٦٨ - ص ١٧٥ وما بعدها .

الفصل الثاني
عناصـــر الدولـــة

سبق أن عرفنا الدولة بأنها شعب يستقر في أرض معينة ، ويخضع لحكومة منظمة . ومن تعريف الدولة يتضح أن لها أركانا أو عناصر ثلاثة ، هي الشعب ، والأرض ، والحكومة ، نتحدث فيما يلي عن كل منها بشئ من التفصيل .

المبحث الأول
الشعـــب

الشعب جماعة من البشر ، تجمعها الرغبة في العيش المشترك . وهذه الجماعة تتمثل في عدد معقول من الناس ، قد لا يجاوز بضعة آلاف . وقد يصل الى مئات الملايين . وتضم الجماعة البشرية في الدولة نوعي الأفراد من الذكور والاناث ، يتم بينهما التزاوج والتوالد بما يضمن استمرار وجود الجماعة . تلك الجماعة التي جمعتها الرغبة في العيش المشترك ، بصرف النظر عن اختلاف الجنس أو العرق ، أو اللغة ، أو الدين ، أو المعتقدات ، أو الأفكار رغم أهميتها . ولعل في نشأة الولايات المتحدة الأمريكية خير مثال على دولة تكون شعبها من المهاجرين من بلاد شتى ، تختلف فيها الأجناس واللغات والأديان والمعتقدات . فقد تغاضى هؤلاء جميعا عما يفرقهم من أمور ، وقبلوا الحياة معا في هذه البلاد الجديدة .

أما عن سبب الرغبة في العيش المشترك من جانب أفراد الجماعة فقد يكون هو البحث عن الحياة المادية الأفضل والمال الوفير كما حدث في تكوين دول العالم الجديد في الأمريكيين واستراليا . كما قد يكون هو الاستجابة لنداء الحياة الروحية ودواعي المعتقدات – وفي هذه الحالة غالبا ما يتحد الدين – كما حدث في تكوين إسرائيل من شراذم المهاجرين اليهود من مختلف بقاع الأرض . كما قد يرجع سبب الرغبة في العيش المشترك الى التوافق الانساني بين أفراد الجماعة من حيث اللغة أو الدين أو الأصل أو التقاليد أو الأفكار وغيرها من عوامل التقارب بين الناس . وهذا ما يصدق بصفة خاصة على تكوين شعوب الدول القديمة . وهذه العوامل ليست لازمة لتكوين الشعب كعنصر من عناصر الدولة ، ولكنها بالغة الأهمية في حياة الدول والشعوب .

وعوامل التقارب والتجانس بين الناس هي مناط التفرقة بين الشعب والأمة . فالشعب هو مجموع المتمتعين بجنسية الدولة ، بصرف النظر عن اختلاف الأصل أو اللغة أو الدين ... أما الأمة فهي جماعة من الناس تتحد في عدد من عوامل التقارب كالأصل واللغة والدين ، سواء أعاشت في اطار دولة أم تفرقت بين دول مختلفة .

وبذلك فان الشعب والأمة لا يتوافقان أو يتطابقان دائما . فشعب الدولة قد يشكل أمة واحدة فيتطابق في نطاقها الشعب والأمة كما هو الشأن في اليونان ، وهنا تكون الدولة أكثر تماسكا ، وقد يضم الشعب عدة أمم كما في الاتحاد السوفييتي ، فتكون الدولة عرضة للانحلال والانقسام كما حدث في الامبراطوريات القديمة ، وقد يمثل الشعب جزءا من أمة كبيرة كما هو الحال في مصر حيث يعتبر شعبها جزءا من الأمة العربية الموزعة بين عدد من الدول ، تعتبر وحدتها أملا يراود أبناء ها .

وتتميز كل أمة بخصائص ومميزات معينة من حيث التكوين العرقي واللغة والدين .... فاذا زالت عنها خصائصها أو تعدلت مميزاتها ، تغيرت الأمة وانقضت ، لتقوم على أنقاضها أمة جديدة ، سواء أكان أبناؤها من نسل الأمة السابقة أو من غيرهم من الغزاة أو المهاجرين الذين اختلطوا بهم أو حلوا محلهم وأورثهم الله أرضهم وديارهم . وهكذا فان للأمم آجالا تنتهي اليها وان طالت ، كما للأفراد آجال تموت بحلولها . وفي ذلك يقول العزيز الكريم : " ولكل أمة أجل، فاذا جاء أجلهم لا يستأخرون ساعة ولا يستقدمون " (١) .

وقد استخدم القرآن الكريم كلمة " شعب " مرة واحد بصيغة الجمع في قوله تعالى : " يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، ان أكرمكم عند الله أتقاكم ، ان الله عليم خبير " (٢) .

---

(١) الآية رقم ٣٤ من سورة الأعراف . أنظر : الدر المنثور في التفسير المأثور للامام السيوطي ، وبهامشه تفسير ابن عباس – المجلد الثاني – ص ٩١ .

(٢) الآية ١٣ من سورة الجحرات .

وقد جاء بكتاب نزهة القلوب في تفسير غريب القرآن للامام أبي بكر السجستاني سالف الذكر أن " الشعوب أعظم من القبائل ، وأحدها شعب بفتح الشين ، ثم القبائل وأحدها قبيلة ، ثم =

أما كلمة " أمة " فقد ورد ذكرها في كتاب الله مرات كثيرة . ولهذه الكلمة في اللغة العربية معان متعددة نذكر منها :

١ – مجموعة من الأفراد أو عدد من الناس ، كما في قوله عز وجل : " ولما ورد ماء مدين وجد عليه **أمة** من الناس يسقون " (١) أي وجد حول البئر جماعة من الناس يسقون . وقوله تعالى : " ولتكن منكم **أمة** يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون " (٢) .

٢ – قوم مثل الأقوام التي أرسلت اليها رسل الله كقوم نوح وقوم موسى وقوم محمد عليهم جميعا الصلاة والسلام . ومن استخدامات كلمة الأمة بهذا المعنى قوله تعالى : " كلما جاء أمة رسولها كذبوه فاتبعنا بعضهم بعضا ..." (٣). وقوله جل شأنه : " وكذلك أرسلناك في أمة قد خلت من قبلها أمم"(٤) .

والقوم بهذا المعنى يتمثل في مجموعة متجانسة تشترك في بعض عوامل التقارب أو تتميز عن غيرها ببعض الخصائص المشتركة التي تؤلف بين أفرادها فيعيشون معا أو يرغبون في ذلك . ولعل معنى التقارب والتفاهم بين أفراد الجماعة المكونة للأمة يتضح في قوله تعالى " وما من دابة في الأرض ولا طائر يطير بجناحيه الا أمم أمثالكم .... " (٥).

٣ – المؤمنون أو أتباع الرسل دون غيرهم من أفراد أقوامهم ، من ذلك قول الله جل شأنه للمسلمين من قوم محمد صلى الله عليه وسلم : " كنتم خير

العمائر وأحدها عمارة ، ثم البطون وأحدها بطن ، ثم العشائر وأحدها عشيرة ، وليس بعد العشيرة حي يوصف " . ص ٤٣٦ .

(١) الآية رقم ٢٣ من سورة القصص .

(٢) الآية رقم ١٠٤ من سورة آل عمران .

(٣) الآية ٤٤ من سورة المؤمنون .

(٤) الآية ٣٠ من سورة الرعد .

(٥) الآية ٣٨ من سورة الأنعام .

أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر " (١) . وقوله تعالى: " وكذلك جعلناكم أمة وسطا (٢) " . وفي هذا المعنى تعتبر وحدة الدين هي قوام الأمة بصرف النظر عن وحدة الجنس أو اللغة أو غيرها من عوامل التقارب بين الناس .

٤ - امام أو رجل تقي ورع جامع لصفات الخير يقتدي به . من ذلك قول الله تعالى : " ان ابراهيم كان **أمة** قانتا لله " (٣) .

٥ - دين أو ملة أو مذهب . وذلك كما في قول الله تعالى : " انا وجدنا آباءنا على **أمة** ، وانا على آثارهم مهتدون" (٤) .

٦ - مدة من الزمن ، كما في قوله تعالى : " وقال الذي نجا منهما وادكر بعد **أمة** أنا أنبئكم بتأويله " (٥) . وقوله جل شأنه : " ولئن أخرنا عنهم العذاب الى أمة معدودة ليقولن ما يحبسه" (٦) .

وهناك معان أخرى لكلمة أمة مثل أم ، وقامة ، ورجل ينفرد بدين (٧) .

وشعب الدولة - كما سبق البيان - هو مجموع الأفراد المتمتعين بجنسيتها سواء أعاشوا على اقليمها أم خارجه . وبذلك يختلف مدلول شعب الدولة عن مدلول سكانها ، فالسكان منهم المواطنون ومنهم الأجانب ، كما أن المواطنين منهم من يسكن اقليم دولته ومنهم من يقيم بالخارج .

---

(١) الآية ١١٠ من سورة آل عمران .

(٢) الآية ١٤٣ من سورة البقرة .

(٣) الآية ١٢٠ من سورة النحل . راجع تفسير ابن كثير - المجلد الرابع -ص٥٣٠

(٤) الآية ٢٢ من سورة الزخرف . أنظر تفسير الطبري - جـ ٢٥ ص ٥٩ .

(٥) الآية ٤٥ من سورة يوسف .

(٦) الآية ٨ من سورة هود .

(٧) راجع في ذلك : القرآن الكريم ، بهامشه كتاب نزهة القلوب في تفسير غريب القرآن للامام أبي بكر السجستاني المتوفي سنة ٣٣٠ هجرية - ص ١٩ .

وتعريف شعب الدولة بأنه أصحاب جنيستها هو تعريف الشعب بمفهومه الاجتماعي . وهذا المفهوم أوسع نطاقا من المفهوم السياسي لكلمة الشعب . اذ أن المفهوم الأخير يقتصر على جمهور الناخبين أو أصحاب الحقوق السياسية في الدولة فحسب .

ونتحدث فيما يلي عن أهم عوامل التقارب التي تجمع أفراد الأمة الواحدة .

أولا : الجنس أو العرق :

يقسم علماء الأجناس الناس الى أجناس متعددة يتميز كل جنس بمجموعة من الخصائص الجسمية . ويوجد بالعالم ثلاثة أجناس رئيسية تشتق أسماؤها من ألوان بشرتها هي : الجنس الأبيض - بفروعه الثلاثة الآري والسامي والحامي - والجنس الأصفر ، والجنس الأسود . وقد ساعدت وحدة الجنس على التقارب بين أبناء الجنس الواحد وساهمت في تكوين بعض الدول من اتحاد عدد من الامارات أو الولايات كما حدث في تكوين الاتحاد الألماني عام ١٨٧٠ . ويقال أن هذه الروح هي التي دفعت بالنازية قبيل الحرب العالمية الثانية الى ضم بعض البلدان المجاورة على أساس أن شعوبها من أصول جرمانية . ثم سعت بعد ذلك بقيام هذه الحرب الى السيطرة على العالم وفرض سيادة الجنس الآري الجرماني على بقية أجناس الأرض باعتباره أفضل الأجناس وأسماها .

غير أن فكرة المفاضلة بين الأجناس البشرية والتمييز أو التفرقة بين الناس بسبب اختلاف أجناسهم تعتبر خاطئة من الناحية العلمية . كما تعد خطيئة من الناحية الدينية . وقد اختلطت الأجناس البشرية على مر الزمن بسبب الغزوات والهجرات وأصبحت فكرة نقاء الجنس في أي دولة من الدول بعيدة عن الحقيقة والصواب . فلا توجد دولة لم تمتزج فيها الأجناس . وتكونت دول جديدة منذ البداية بمجموعة بشرية من مختلف أجناس الأرض ، ولعل في الولايات المتحدة

= ويرى بعض المفسرين أن كلمة أمة لها معنى واحد فقط ، وأنها تعنى جماعة أو عدد من المتجانسات . ويفسر الآيات التي قد لايتفق معناها الظاهر مع هذا المعنى تفسيرا يتوافق معه. فيقول مثلا جماعة من الزمن أي عدد من الواحدات الزمنية . ويقول أن وصف ابراهيم عليه السلام بأنه كان أمة تعني كان في تقواه وصلاحه في العبادة يعادل أمة كاملة .... راجع في ذلك تفسير الأستاذ محمد فريد وجدي .

الأمريكية وكندا واستراليا أمثلة واضحة على ذلك . وقد أثبتت التجارب العلمية تكافؤ الأجناس المختلفة من حيث القدرات العقلية التي وهبها الله لها .

وتحارب الشريعة الاسلامية التفرقة بين الناس على أساس الجنس أو العرق أو الأصل أو القومية . فيقول الله سبحانه وتعالى : " يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، ان أكرمكم عند الله أتقاكم ، ان الله عليم خبير " (١) . ويقول رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم : " لا فضل لعربي على أعجمي الا بالتقوى " .

فالقومية فكرة غير اسلامية . وان تعلق الأمر بالقومية العربية التي نادى بها بعض المسلمين العرب بغير علم ، أو بسوء قصد ، أو بحسن نية كفكرة مرحلية . ولا يغير من ذلك كثرة استخدام القرآن الكريم لكلمة " قوم " في آياته البينات(٢) ويستفاد من استخدامها في المواضع المختلفة أنها قد تعنى أحد أمرين : فهي اما تعنى أمة متجانسة ، واما أن يقصد بها عدد من الأفراد يتفقون في أمر من الأمور ، على ما نوضحه فيما يلي :

١ - أمة متجانسة متميزة :

استخدم القرآن الكريم لفظ " قوم " للدلالة على أمة متجانسة تجمعها مقومات وحدة الأمة المعروفة من اشتراك في الأصل واللغة والدين والتاريخ والتقاليد ... ويظهر هذا المعنى واضحا في بعض آيات الذكر الحكيم . من ذلك قول الله سبحانه وتعالى على لسان فرعون : " ونادى فرعون في قومه قال ياقوم أليس لي ملك مصر وهذه الأنهار تجري من تحتي أفلا تبصرون "(٣) .وكذلك قوله جل شأنه على لسان فرعون وملئه : " فقالوا أنؤمن لبشرين مثلنا وقومهما لنا عابدون"(٤) . وذلك ردا على دعوة الايمان التي وجهها موسى وهارون امتثالا

---

(١) الآية رقم ١٣ من سورة الحجرات .

(٢) فقد وردت كلمة قوم في القرآن الكريم ٣٨٢ مرة .

(٣) الآية رقم ٥١ من سورة الزخرف .

(٤) الآية رقم ٤٧ من سورة " المؤمنون " . أنظر تفسير روح البيان للامام اسماعيل حقي - المجلد السادس - ص ٨٦ .

لأمر ربهم حين قال لهما " اذهبا الى فرعون انه طغى .... فاتياه فقولا انا رسولا ربك فأرسل معنا بني اسرائيل ولا تعذبهم ، قد جئناك بآية من ربك والسلام على من اتبع الهدى " (١) . فهذه الآيات تتحدث عن أهل مصر وبني اسرائيل كقومين متميزين لكل منهما مقوماته . غير أن هذا لايعني أن القرآن الكريم يحبذ مبدأ القوميات أو يبارك فكرة العصبيات العرقية القائمة على أساس التفرقة بين الأصول والأجناس . وانما القصد هو مجرد الدلالة على أمتين متميزتين .

ويبدو أن وصف بني اسرائيل بأنهم قوم متميزون عن قوم فرعون رغم تعايشهم معا في مصر خلال هذه الفترة من الزمن - ومنذ أيام يوسف عليه السلام - يرجع الى تميزهم عن غيرهم بعدد من الصفات التي استطاعوا الاحتفاظ بها ، نظرا لمعيشتهم كمجتمع مغلق أو شبه مغلق ، بالاضافة الى اضطهادهم أو استعبادهم ومعاملتهم كلاجئين أو - على أحسن الفروض - كمواطنين من درجة أدنى بواسطة فرعون وقومه .

٢ - أفراد يشتركون في أمر :

ويستخدم القرآن الكريم لفظ " قوم " في آيات أخرى للدلالة على مجموعة من الأفراد أيا كان عددهم أو مدى تقاربهم يتفقون في أمر من الأمور ولو لم يتصل هذا الأمر بأصل أو لغة أو دين . من ذلك قوله تعالى " ومن آياته يريكم البرق خوفا وطمعا ، وينزل من السماء ماء فيحيي به الأرض بعد موتها ، ان في ذلك لآيات لقوم يعقلون " (٢) . ومنها قوله جل وعلا بشأن المنافقين : " ويحلفون بالله أنهم لمنكم وما هم منكم ولكنهم قوم يفرقون " (٣) . فهذه الآية الكريمة تتحدث عن فئة من فئات القوم الذين أرسل اليهم خاتم الأنبياء محمد صلى الله عليه وسلم ، وهي فئة المنافقين الذين يرفضون القتال في سبيل الله رغم أنهم يظهرون الايمان. ومنها قول الله تعالى : " أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين " (٤) . فالقوم

---

(١) راجع الآيات من ٤٢ الى ٤٧ من سورة طه .

(٢) الآية رقم ٢٤ من سورة الروم .

(٣) الآية رقم ٥٦ من سورة التوبة .

(٤) راجع على سبيل المثال الاية رقم ٢٥٠ من سورة البقرة .

الكافرون الذين ورد ذكرهم في آيات كثيرة من القرآن الكريم ليسوا في الحقيقة الا الملأ الذين لم يؤمنوا من قوم كل رسول (١).

ثانيا : اللغـــة :

اللغة هي أداة تبادل الأفكار ووسيلة التفاهم الأساسية بين الناس . ولا شك أن وحدة اللغة تساعد على التقارب والتآلف بين الأفراد والجماعات . وقد ساهمت بالفعل في تحقيق الوحدة أو قيام الاتحادات في كثير من الدول ، كما حدث بالنسبة للوحدة الايطالية والاتحاد الألماني في أواخر القرن الماضي . وكانت اللغة الانجليزية - رغم أنها لغة المستعمر - من عوامل الاتحاد بين الأقاليم الهندية على اختلاف لغاتها ولهجاتها ، نظرا لمعرفة الناس لها في سائر هذه الأقاليم ، ولا أحد ينكر دور اللغة العربية كمقوم هام من مقومات الوحدة العربية المنشودة بين الدول الناطقة بها .

غير أن وحدة اللغة لا تستلزم بالضرورة وحدة الدولة التي تضم المتحدثين بها ، فتوجد دول متعددة تتكلم نفس اللغة . مثال ذلك الدول الناطقة بالانجليزية كالولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا واستراليا ، والدول الناطقة بالعربية كمصر وسوريا والمغرب وغيرها من الدول العربية . وهناك من الدول ما يتحدث شعبها بأكثر من لغة كما هو الشأن في سويسرا والاتحاد السوفيتي وبلجيكا وكندا .

ويعتبر اختلاف لغات الناس أو ألسنتهم آية من آيات الله الدالة على قدرته وعظمته . وفي ذلك يقول جل شأنه : " ومن آياته خلق السماوات والأرض ، واختلاف ألسنتكم وألوانكم ، ان في ذلك لآيات للعالمين " (٢) .

ثالثا : الديـــن :

تعتبر وحدة الدين من أهم عوامل التقارب والتعاون بين الناس على أساس من مبادئ العقيدة المشتركة . وللعقيدة في النفس المؤمنة أثر يصل في قوته الى حد

---

(١) أنظر الآية رقم ٢٤ من سورة " المؤمنون " .

(٢) الآية ٢٢ من سورة الروم . أنظر تفسير الطبري - الجزء الحادي والعشون - ص ٣١ وما بعدها .

بذل الروح والتضحية بالنفس عن رضا واختيار في سبيل نصرة المبادئ ، ومن باب الفداء بالحياة الفانية في سبيل الحياة الباقية . وقد لعب الدين في الماضي دورا أساسيا في قيام الدول . ففي الدول المسيحية كان هناك ارتباط كبير بين الكنيسة والدولة أو بين السلطة الروحية والسلطة الزمنية كما كانوا يقولون . وتولى كثير من الملوك والأباطرة حكم بلادهم بتتويج من البابا ، وحكموا شعوبهم استنادا الى نظرية الحق الالهي – المباشر أو غير المباشر – باعتبارهم ممثلين لله تعالى ، وخلفاء له في الأرض ، أو مختارين بمشيئته . ولم يتأكد الفصل بين الكنيسة والدولة في الدول المسيحية الا مع مطلع القرن العشرين . وقد ظلت الدولة الاسلامية الكبرى قائمة على أساس الدين الحنيف الى سقوط الخلافة العثمانية في عام ١٩٢٤ . وذلك مع ملاحظة أن الشريعة الاسلامية تؤكد حرية العقيدة وتحمي أصحاب الأديان السماوية الأخرى . فيقول الله سبحانه وتعالى : " وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر " (١) . ويقول جل شأنه " لست عليهم بمسيطر " (٢) . ويقول " ولا تجادلوا أهل الكتاب الا بالتي هي أحسن " (٣) .

ولا تزال بعض الدول تقوم على أساس الدين حتى عصرنا الحاضر . فقد قامت دولة اسرائيل في أرض فلسطين عام ١٩٤٨ على أساس الدين اليهودي ، نتيجة لتجمع المهاجرين اليهود من مختلف البلدان كما سبق البيان .

غير أن وحدة الدين ليست لازمة لقيام الدولة . فمن الدول ما يدين شعبها بأديان متعددة كما هو الشأن في أغلب دول العالم . وتوجد دول كثيرة تدين شعوبها بنفس الدين ولم تتحد، ومن أمثلتها دول أوربا الغربية والدول العربية . ومن الدول ما ينكر الدين كلية ويتخذ من الالحاد مذهبا رسميا كما هو الحال في البلاد الماركسية .

---

(١) الآية ٢٩ من سورة الكهف .

(٢) الآية ٢٢ من سورة الغاشية .

(٣) الآية ٤٦ من سورة العنكبوت . راجع في ظلال القرآن لسيد قطب – جـ ٢١– ص ٢٧٤٥ .

ويستفاد من آيات الذكر الحكيم أن اختلاف الناس في موقفهم من الدين هو الأساس الأول أو الأصلي لتفرقهم الى أمم مختلفة (١) . فيقول الله تعالى : "كان الناس أمة واحدة ، فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين ، وأنزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه ، وما اختلف فيه الا الذين أوتوه من بعد ماجاءتهم البينات بغيا بينهم ، فهدى الله الذين آمنوا لما اختلفوا فيه من الحق باذنه ، والله يهدي من يشاء الى صراط مستقيم" (٢) ويقول جل شأنه : " وما كان الناس الا أمة واحدة فاختلفوا . ولولا كلمة سبقت من ربك لقضي بينهم فيما فيه يختلفون " (٣) . ولاشك أن الأمور التي يمكن أن يقضي في الخلاف الناشئ عنها هي الشرائع والأديان وليست الأجناس أو اللغات . ومما يؤكد ذلك قوله تبارك وتعالى " لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ، ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ، ولكن ليبلوكم في ما آتاكم فاستبقوا الخيرات ، الى الله مرجعكم جميعا فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون " (٤) .

ويقول الله تعالى : " وما كان ربك ليهلك القرى بظلم وأهلها مصلحون ، ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ، ولا يزالون مختلفين ، الا من رحم ربك ، ولذلك خلقهم ، وتمت كلمة ربك لأملأن جهنم من الجنة والناس أجمعين " (٥) . ويبدو من هذه الآيات الكريمة أيضا أن الأساس الأصلي لاختلاف الأمم عند الله هو الخيار بين طريقي الخير والشر . ومما يؤكد ذلك قوله جل شأنه في آية أخرى : " ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ، ولكن يضل من يشاء ويهدي من يشاء ، ولتسئلن عما كنتم تعملون " (٦) . وقوله سبحانه في سورة الشورى : " ولو شاء الله

---

(١) لايصح أن يقال أن الدين الحق هو أساس تفرق الناس الى أمم مختلفة ، لأن دين الله جدير بقبول الناس كافة لو استقاموا وتدبروا . ولكن اختلفوا ، فمنهم من آمن ومنهم من كفر ، فكان اختلافهم في قبولهم أو رفضهم للدين سبب فرقتهم وتشتتهم .

(٢) الآية رقم ٢١٣ من سورة البقرة .

(٣) الآية رقم ١٩ من سورة يونس .

(٤) الآية رقم ٤٨ من سورة المائدة .

(٥) الآيات ١١٧ و ١١٨ و١١٩ من سورة هود .

(٦) الآية رقم ٩٣ من سورة النحل .

لجعلهم أمة واحدة ، ولكن يدخل من يشاء في رحمته و الظالمون ما لهم من ولي ولا نصير " (١) .

وقد وردت بالكتاب الحكيم آيات متعددة تؤكد أن المسلمين أمة واحدة وان اختلفت ألسنتهم أو ألوانهم أو مواطنهم . فيقول الله تعالى :

- " وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا ..." (٢) .

- " كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله ... " (٣) .

- " ان هذه أمتكم أمة واحدة ، وأنا ربكم فاعبدون " (٤) .

(١) الآية رقم ٨ من سورة الشورى .

ويقول الله سبحانه وتعالى في سورة الزخرف : " ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون ولبيوتهم أبوابا وسررا عليها يتكئون ، وزخرفا ، وان كل ذلك لما متاع الحياة الدنيا والآخرة عند ربك للمتقين " (١) . ومعنى الآيات الكريمة أنه لولا أن يتحول الناس جميعا الى أمة واحدة كافرة لجعل الله للكفار بيوتا أسقفها من فضة ... (الآيات ٣٣ - ٣٥ من سورة الزخرف) . أنظر مختصر ابن كثير للشيخ محمد كريم راجح - الجزء الثاني - ص ٤٦٧ . وأنظر أيضا في تفسير قوله تعالى " ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة " بشريعة واحدة وكتاب واحد في جميع الأعصار من غير نسخ ولا تحويل : فتح البيان للعلامة صديق حسن خان - الجزء الثالث - ص ٤٤ .

(٢) الآية ١٤٣ من سورة البقرة .

(٣) الآية ١١٠ من سورة آل عمران .

(٤) الآية ٩٢ من سورة الأنبياء .

بل أن بعض الآيات تفيد أن اتباع الرسل جميعا ، أي كل المؤمنين بالرسالات السماوية يجب أن يكونوا أمة واحدة . قال تعالى :

" يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحا اني بما تعملون عليم . وان هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاتقون . فتقطعوا أمرهم بينهم زبرا كل حزب بما لديهم فرحون " . (الآيات ٥٠ و ٥٢ و ٥٣ من سورة المؤمنون) . أنظر مختصر ابن كثير للشيخ محمد كريم راجح - الجزء الثاني - ص ١١١ .

المبحث الثاني
الأرض

لا قيام للدولة بغير رقعة من الأرض يستقر عليها سكانها ، وذلك سواء أكانت مساحة هذه الأرض كبيرة شاسعة كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي والصين والهند ، أم كانت هذه المساحة صغيرة متواضعة كما هو الحال في امارة موناكو وامارة الكويت . فاذا انتفى عنصر الاستقرار على أرض معينة فلا وجود للدولة وان وجد الشعب والقادة ، وذلك كما هو الشأن في البدو الرحل الذين يتنقلون من مكان الى آخر سعيا وراء الرزق ، وكما هو الحال في الشعوب المشتتة في مختلف الأرجاء بعد احتلال أرضهم بواسطة غاز أو مستعمر .

وأرض الدولة يجب أن تكون محددة واضحة المعالم . وقد كانت كذلك منذ القدم. فكان لمصر الفرعونية – على سبيل المثال – اقليمها المميز وأرضها المعروفة المحددة . قال الله تعالى بشأن إخوة يوسف عليه السلام : " فلما استيئسوا منه خلصوا نجيا ، قال كبيرهم ألم تعلموا أن أباكم قد أخذ عليكم موثقا من الله ، ومن قبل ما فرطتم في يوسف ، فلن أبرح الأرض حتى يأذن لي أبي أو يحكم الله لي وهو خير الحاكمين "(١). وذلك بعد أن تمكن يوسف من أخذ أخيه بحجة العثور على صواع الملك في رحله وبعد أن فشلوا في استرداده لاعادته الى أبيه ولو باسترقاق أحدهم بدلا منه . والمقصود بالأرض في الآية الكريمة أرض مصر المعروفة لهم ولغيرهم (٢) .

ولا يقصد بالأرض أو الاقليم كعنصر من عناصر الدولة ما يسمى باليابسة أو سطح الأرض الصلب فحسب ، وانما يقصد به أيضا البحار الداخلية والاقليمية وما فوقها وفوق الأرض اليابسة من طبقات جوية ، وكذلك ما تحتها من طبقات جيولوجية . لذلك فان اقليم الدولة يشمل الاقليم الأرضي والاقليم المائي والاقليم الجوي .

---

(١) الآية ٨٠ من سورة يوسف .

(٢) ويقول ابن كثير لن أبرح الأرض أي لن أفارق هذه البلدة – أنظر الجزء الرابع – ص ٣٢٨ .

أ - الاقليـــم الأرضي :

وهو مساحة معينة من الأرض تحدها حدود طبيعية كالجبال والبحار والأنهار أو صناعية كالأسوار المبنية والأسلاك الشائكة ، أو وهمية ولكنها منضبطة يسهل الرجوع اليها جغرافيا كخطوط الطول وخطوط العرض . وقد يكون اقليم الدولة موحدا متصلا كما هو الشأن في أغلب دول العالم ، وقد يكون مجزءا تفصل بين أجزائه بحار كما هو الشأن في اليابان وبريطانيا ، أو جبال كما هو الشأن في الاتحاد السوفيتي ، أو أرض تدخل ضمن اقليم دولة أخرى كما كان الشأن في باكستان قبل أن يستقل اقليمها الشرقي ليكون دولة بنجالادش عام ١٩٧٢ . وكما هو الشأن في الجمهورية العربية المتحدة التي أقيمت بين عامي ١٩٥٨- ١٩٦١ من اتحاد مصر وسوريا .

ب - الاقليم المائـــي :

ويشمل المسطحات المائية الواقعة في نطاق أرض الدولة كالأنهار والبحيرات ، بالاضافة الى البحر الاقليمي ، وهو الجزء الساحلي الملاصق لشواطئ الدولة من البحار العامة . وقد اختلف في تحديد نطاق البحر الاقليمي للدولة ، وقيل قديما أن المسافة الممتدة من شاطئ الدولة الى البحر العام والتي تدخل ضمن اقليم الدولة تبلغ ثلاثة أميال فقط ، على أساس أن هذه المسافة كانت تمثل الحد الأقصى لمدى القذائف المدفعية . أما اليوم فتدعى بعض الدول أن نطاق بحرها الاقليمي يصل الى أضعاف هذا القدر .

جـ - الاقليم الجـــوي :

ويتمثل في الفضاء الذي يعلو كلا من الاقليمين الأرضي والمائي للدولة ، دون التقيد - في الأصل - بارتفاع معين ، غير أنه مع التقدم الذي أحرزته بعض الدول في مجال غزو الفضاء ، ومع كثرة الأقمار والمركبات الصناعية السابحة في الفضاء والتي لا تفتأ تتزايد يوما بعد يوم ، بات من المتصور تحديد النطاق الجوي لاقليم الدولة بارتفاعات معينة ، وذلك في اطار تنظيم الملاحة الفضائية تنظيما يمكن أن يشابه - في حدود معينة - تنظيم الملاحة المائية في أعالى البحار التي تخرج عن نطاق السيادة الاقليمية للدول .

وتبدو أهمية الأرض أو الاقليم كعنصر من عناصر الدولة من الناحية القانونية في أنه يمثل الاطار الذي تمارس فيه حكومة الدولة سلطتها بلا منازعة . ويجب عليها ألا تتجاوزه والا أصبحت معتدية على أراضي الدول الأخرى .

وقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة حق الدولة على اقليمها :

فرأى البعض أنه حق سيادة . غير أن حق السيادة انما يمارس على الأشخاص لا على الأموال .

ورأي آخرون أنه حق ملكية ولكنه يعلو على حق الملكية الفردية الخاصة ، فلا يتعارض معه ، ويختلف عنه في مدلوله فبينما يتضمن حق الملكية الخاصة حق التصرف ، وحق الاستغلال ، وحق الاستعمال بالنسبة للمال المملوك ، يقصد بملكية الدولة لاقليمها مجرد خضوعه لحكمها .

ولا شك أن هذا المضمون الذي قيل به لملكية الدولة على اقليمها يختلف كثيرا عن مضمون حق الملكية المعروف ، ويشكك في منطقية اطلاق الاسم على المسمى. لذلك ذهب بعض الفقهاء الى القول بأنه ليس حق ملكية ، وانما هو حق عيني آخر يتصف بالصفة التنظيمية ، يمكن الدولة من ممارسة سلطاتها على الأفراد في اطار اقليمها(١).

وللأرض أهمية بالغة في حياة الناس . فمن الأرض كانت نشأة الناس وخلقتهم. وهي وعاء حياتهم ومصدر مأكلهم وملبسهم ، وفيها مسكنهم ومأواهم أحياء وأمواتا ، ومنها يخرجون يوم البعث أفواجا وأشتاتا . يقول الله تبارك وتعالى : " منها خلقناكم ، وفيها نعيدكم ، ومنها نخرجكم تارة أخرى " (٢) . وللناس في الأرض مستقر ومتاع الى حين ، فهم مستخلفون فيها ، الى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، فيوفيهم أجورهم بما كانوا يعملون (٣) .

---

(١) راجع : George Burdeau, Traité de science politique t. II, 1980,P.100

(٢) الآية ٥٥ من سورة طه .

(٣) وقد ذكر لفظ " الأرض " في القرآن الكريم ٤٦١ مرة . بعضها يعني الأرض كلها ككوكب ، وبعضها يقصد اقليما أو جزءا منها .

وتشهد آيات متعددة من كتاب الله بأهمية الأرض أو الاقليم في حياة الدول والمجتمعات . فقد خشي كفار قريش ان أسلموا ودخلوا في دين الله أن تطردهم قبائل العرب المشركين من مكة " وقالوا ان نتبع الهدى معك نتخطف من أرضنا"(١) .

وهدد الكفار رسلهم بالنفي أو الطرد من الأرض اذا لم يرجعوا عن دعواهم : " وقال الذين كفروا لرسلهم لنخرجكم من أرضنا أو لتعودن في ملتنا ، فأوحى اليهم ربهم لنهلكن الظالمين ، ولنسكنكم الأرض من بعدهم ، ذلك لمن خاف مقامي وخاف وعيد "(٢). ويمن الله على المسلمين لتمكينهم من أرض الكفار فيقول تعالى: " وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم وأرضا لم تطئوها ، وكان الله على كل شئ قديرا " (٣) .

وقد جعل الله تعالى النفي من الأرض أو الوطن عقوبة يحكم بها على المفسدين في الأرض . فقال جل شأنه : " انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف . أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ، ولهم في الآخرة عذاب عظيم " (٤).

---

(١) الآية ٥٧ من سورة القصص.

(٢) الآيتان ١٣ و ١٤ من سورة ابراهيم .

(٣) الآية ٤٧ من سورة الأحزاب .

(٤) الآية ٣٣ من سورة المائدة .

كما جعل الله سبحانه وتعالى الحرمان من الأرض عقوبة للمخالفين لأوامره . وفي قصة بني اسرائيل بشأن الجهاد في الأرض المقدسة دليل واضح على ذلك . اذ طلب موسى عليه السلام من قومه الجهاد لدخول بيت المقدس التي كتبها الله لهم ان جاهدوا ، فتخاذلوا ورفضوا القتال خشية ملاقاة من فيها ، فحرمها الله عليهم أربعين سنة وجعلهم يتيهون في الأرض ، وفي ذلك قال تبارك وتعالى في سورة المائدة على لسان موسى عليه السلام :

" ياقوم أدخلوا الأرض المقدسة التي كتب الله لكم . ولا ترتدوا على أدباركم فتنقلبوا خاسرين . قالوا يا موسى ان فيها قوما جبارين ، وانا لن ندخلها حتى يخرجوا منها، فان يخرجوا منها فانا داخلون . قال رجلان من الذين يخافون أنعم الله عليهما ادخلوا عليهم الباب ، فاذا دخلتموه فانكم غالبون ، وعلى الله فتوكلوا ان كنتم مؤمنين . قالوا ياموسى انا لن ندخلها أبدا ما داموا فيها ، فاذهب أنت وربك فقاتلا انا ها هنا قاعدون . قال رب اني لا أملك الا =

وفي قصة موسى مع فرعون وردت آيات كثيرة من كتاب الله الحكيم تتحدث عن الأرض – والمقصود بها اقليم مصر – كهدف هام يسعى المتنازعون الى الفوز به. من ذلك قول الله تعالى في سورة الأعراف : " قال الملأ من قوم فرعون ان هذا لساحر عليم ، يريد أن يخرجكم من أرضكم فماذا تأمرون " (١) . وفي سورة طه يقول المولى جلت قدرته على لسان فرعون : " أجئتنا لتخرجنا من أرضنا بسحرك ياموسى . فلنأتينك بسحر مثله ، فاجعل بيننا وبينك موعدا لا نخلفه نحن ولا أنت مكانا سوي . فتولى فرعون فجمع كيده ثم أتى ، قال لهم موسى ويلكم لا تفتروا على الله كذبا فيسحتكم بعذاب وقد خاب من افترى ، فتنازعوا أمرهم بينهم وأسروا النجوى . قالوا ان هذان لساحران يريدان أن يخرجاكم من أرضكم بسحرهما ويذهبا بطريقتكم المثلى ، فأجمعوا كيدكم ثم ائتوا صفا ، وقد أفلح اليوم من استعلى " (٢) . ويقول سبحانه على لسان فرعون : " قال للملأ حوله ان هذا لساحر عليم ، يريد أن يخرجكم من أرضكم بسحره فماذا تأمرون " (٣) .

وبعد أن ألقى موسى عصاه فابتلعت حبال السحرة وعصيهم وآمن البعض بصدق المعجزة ، وسجد السحرة مؤمنين برب العالمين ، توعدهم فرعون بالصلب والتنكيل : " وقال الملأ من قوم فرعون أتذر موسى وقومه ليفسدوا في الأرض ويذرك وآلهتك ، قال سنقتل أبناءهم ونستحي نساءهم ، وانا فوقهم قاهرون . قال موسى لقومه استعينوا بالله واصبروا ، ان الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين " (٤) .

= نفسي وأخي فافرق بيننا وبين القوم الفاسقين . قال فانها محرمة عليهم أربعين سنة يتيهون في الأرض . فلا تأسَ على القوم الفاسقين " .

وكلما بالغ اليهود في عصيان ربهم والتكبر عن طاعته شتتهم في الأرض وكتب عليهم الذلة والمسكنة وباءوا بغضب من الله الى يوم الوقت المعلوم . قال تعالى " واذ تأذن ربك ليبعثن عليهم الى يوم القيامة من يسومهم سوء العذاب ، ان ربك لسريع العقاب وانه لغفور رحيم . وقطعناهم في الأرض أمما منهم الصالحون ومنه دون ذلك ، وبلوناهم بالحسنات والسيئات لعلهم يرجعون " . الآيتان ١٦٧ و ١٦٨ من سورة الأعراف .

(١) الآية ١١٠ من سورة الأعراف .

(٢) الآيات من ٥٧ الى ٦٣ من سورة طه .

(٣) الآيتان ٣٥ و ٣٦ من سورة الشعراء .

(٤) الآيتان ١٢٧ و ١٢٨ من سورة الأعراف .

وقد أراد فرعون أن يطرد موسى وبنى اسرائيل من أرض مصر ولكن الله أغرقه قبل أن يتمكن من ذلك . قال تعالى : " فأراد أن يستفزهم من الأرض فأغرقناه ومن معه جميعا . وقلنا من بعده لبني اسرائيل اسكنوا الأرض فاذا جاء وعد الآخرة جئنابكم لفيفا " (١) .

المبحث الثالث
الحكومـــــة

لا يكفي الشعب والأرض لقيام الدرولة ولابد من وجود حكومة تفرض سلطتها على شعبها في اطار أرضها . وتعمل على تنظيم أمور الجماعة وتحقيق مصالحها.

والمفروض أن تستمد حكومة الدولة شرعيتها من رضا شعبها عليها وقبوله لها . فاذا لم يتوافر مثل هذا الرضا أو القبول تكون سلطة الحكومة فعلية وليست شرعية ، مهما تمكنت من فرض ارادتها وبسط نفوذها على المحكومين .

الحكام والمحكومون :

مهما قيل من أن السيادة للشعب وأن السلطة للمواطنين ، فلا بد في الدولة من انقسام الشعب الى حكام ومحكومين . وهذا التفاوت في السلطة بين المواطنين يمثل اعتداء على مبدأ المساواة في البلاد غير الديمقراطية التي لا تتكافأ فيها الفرص أمام المواطنين للوصول الى السلطة أو تولي الحكم عبر قنوات مشروعة . أما في البلاد الديمقراطية فلا يمثل هذا التفاوت الكبير في السلطة بين الحكام والمحكومين اعتداء على مبدأ المساواة . لأن المحكومين يجدون الوسيلة المشروعة للتحول الى فئة الحكام . وتستخدم المعارضة في هذه البلاد ، ليس فقط كوسيلة للوصول الى السلطة في حالة الفوز في الانتخابات ، وانما كذلك كوسيلة لفرض الرقابة الواعية على الحكام واقامة التوازن بين السلطة والحرية . وقد لاحظ أرسطو منذ أكثر من ألفي عام أن أهم مظاهر الحرية السياسية يتمثل في قدرة كل مواطن على أن يكون مرة حاكما ومرة محكوما .

---

(١) الآية ١٠٣ و١٠٤ من سورة الاسراء .

ان الدولة - كأي منظمة - لا يمكن أن يستقيم أمرها بغير حاكم يدير شئونها ويتخذ القرارات اللازمة لانتظام أحوالها وتيسير سبل الحياة فيها . ولا يستطيع حاكم أن يتولى وحده حكم منظمة كبيرة بغير معاونة عدد قليل أو كبير من الحكام والمعاونين الأقل درجة . ولا يستثنى من ذلك الا الله تعالى الذي ينفرد وحده بحكم هذا الكون العظيم من ذراته الى مجراته ، لأنه سبحانه - على خلاف مخلوقاته - صاحب القدرة المطلقة ، والعلم الشامل والحكمة البالغة .

والأصل أن الحكام لا يتمتعون بما يمنحهم القانون من سلطات الا لاستخدامها في ادراك أهداف الدولة المتمثلة أساسا في اشباع الحاجات المادية والمعنوية للجماعة . ولعل أهم الحاجات المادية هو الطعام ، وأبرز الحاجات المعنوية هو الأمن . ولقد حث الله تعالى في كتابه العزيز قريشا على عبادته سبحانه شكرا على نعمه المادية والمعنوية . فقال : " فليعبدوا رب هذا البيت الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف " (١) .

الحكـــم والحكمـــة :

إن ولاية أمر الناس تستتبع تمتع الحكام بسلطات واسعة تمس حقوق وحريات المحكومين وتؤثر أبلغ الأثر في حياتهم . وهذه السلطات الخطيرة لم يعهد بها الى الحكام الا لتحقيق مصلحة المحكومين . وتحقيق هذه المصلحة باستخدام تلك السلطات يستوجب التصرف بحكمة وتعقل ، دون افراط من شأنه المساس بالحريات العامة بلا مقتضى ، أو تفريط يستتبع التهاون في تحقيق المصلحة العامة . وأغلب الناس اذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل ، والله لا يحب الفساد .

ومن هنا كانت العلاقة الوطيدة بين الحكم والحكمة . تلك العلاقة التي بلغت من شدتها مبلغا جعل الله تعالى يستخدم في كتابه العزيز لفظ الحكم في كثير من آياته للدلالة على معنى الحكمة . بل إن أغلب الآيات القرآنية التي تتحدث عن الحكم منسوبا الى بشر تقصد به الحكمة . وليس أدل على ذلك من قول الله تعالى في كتابه المبين : " ولوطا آتيناه حكما وعلما " (٢) والمعروف أن لوطا عليه

---

(١) الآيتان ٣و٤ من سورة قريش .

(٢) الآية ٧٤ من سورة الأنبياء .

السلام لم يكن حاكما أو رئيسا أو حتى من ذوي القوة والجاه ، والا لما قال لقومه عندما أرادوا الفحش بضيفه : " لو أن لي بكم قوة أو آوي الى ركن شديد " (١) .

ويقول موسى عليه السلام لفرعون وملئه : " ففررت منكم لما خفتكم ، فوهب لي ربي حكما وجعلني من المرسلين " (٢) . ولم يكن موسى ملكا ولا حاكما ، وانما آتاه الله النبوة والحكمة . ويقول تعالى " يا يحيى خذ الكتاب بقوة وآتيناه الحكم صبيا " (٣) . ويحيى بن زكريا عليه وعلى سائر الأنبياء الصلاة والسلام لم يكن حاكما وانما كان نبيا قتله بنو اسرائيل ضمن من قتلوا من أنبياء الله .

غير أن لفظي الحكم والحكام قد وردا بكتاب الله الكريم في آيات أخرى بمعنى السلطة وأصحابها . فقال الله تعالى بشأن داوود وسليمان عليهما وعلى محمد أفضل الصلاة والسلام : " وكلا آتيناه حكما وعلما " (٤) . ومن المعلوم أنهما كانا من الأنبياء الملوك . فقد قال الله في داود عليه السلام : " وآتاه الله الملك والحكمة وعلمه مما يشاء " (٥) . أما سليمان عليه السلام فقد أجيبت دعوته عندما قال : " رب اغفر لي وهب لي ملكا لا ينبغي لأحد من بعدي " (٦) . كما ورد لفظ الحكام في القرآن الكريم مرة واحدة في قوله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون " (٧) . ومما له دلالته البالغة أن لفظ الحكام قد ورد بكتاب الله في هذه المرة الوحيدة بشأن المحافظة على حق الملكية والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل ، سواء من جانب الحكام أو المحكومين .

---

(١) الآية ٨٠ من سورة هود .

(٢) الآية ٢١ من سورة الشعراء .

(٣) الآية ١٢ من سورة مريم .

(٤) الآية ٧٩ من سورة الأنبياء .

(٥) الآية ٢٥١ من سورة البقرة .

(٦) الآية ٣٥ من سورة ص .

(٧) الآية ١٨٨ من سورة البقرة .

والحكم والحكمة هبة من الله سبحانه وتعالى . " والله يؤتي ملكه من يشاء والله واسع عليم " (١) . وهو كذلك " يؤتي الحكمة من يشاء ، ومن يؤتى الحكمة فقد أوتي خيرا كثيرا ، وما يذكر الا أولوا الألباب " (٢) . وقد يؤتي الله الحكم والحكمة معا لأحد عباده الصالحين ، كما فعل سبحانه مع داوود عليه السلام ، وآتاه الله الملك والحكمة (٣) . ولكنه جل شأنه قد لا يجمع بينهما في انسان واحد . فمن الضعفاء أو البسطاء أو الفقراء من آتاه الله الحكمة كلقمان عليه السلام : " ولقد آتينا لقمان الحكمة أن أشكر لله ، ومن شكر فانما يشكر لنفسه ، ومن كفر فان الله غني حميد " (٤) . ومن الجبابرة أو البغاة أو الفاسقين من آتاه الله الملك كفرعون الذي ادعى الألوهية وقال للناس " ما علمت لكم من اله غيري" (٥) . وبغى في الأرض وكان من المفسدين ، حتى أغرقه الله وجنوده أجمعين .

أما لفظ الخليفة الذي استخدم للدلالة على الرئيس في الدولة الاسلامية فقد ورد في القرآن الكريم بمعنيين :

- الأول بمعنى انسان يعمر الأرض . وفي هذا المعنى يقول المولى جل وعلا : " واذ قال ربك للملائكة اني جاعل في الأرض خليفة " (٦) .

- والثاني بمعنى حاكم يرعى الناس . وفي هذا يقول الله تعالى لداوود عليه السلام " ياداوود انا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق.."(٧)

---

(١) الآية ٢٤٧ من سورة البقرة .

(٢) الآية ٢٦٩ من سورة البقرة .

(٣) الآية ٢٥١ من سورة البقرة .

(٤) الآية ١٢ من سورة لقمان .

(٥) الآية رقم ٣٨ من سورة القصص .

(٦) الآية ٣٠ من سورة البقرة .

(٧) الآية ٢٦ من سورة ص .

صفات الحاكم :

لما قال بنو اسرائيل لموسى عليه السلام : " ابعث لنا ملكا نقاتل في سبيل الله ... وقال لهم نبيهم ان الله قد بعث لكم طالوت ملكا " فاستفسروا استفسارا فيه معنى الاعتراض : " قالوا أنى يكون له الملك علينا ونحن أحق بالملك منه ولم يؤت سعة من المال " . فأجابهم موسى عليه السلام بما يفيد أن أمر الملك لا يتعلق بأحقية فئة أو طائفة معينة ، كما أنه لا يتصل بسعة الرزق والغني في المال ، وانما يتعلق باختيار أو اصطفاء قائم على أسس موضوعية معينة أهمها سعة العلم وكفاءة الجسم : " ان الله اصطفاه عليكم وزاده بسطة في العلم والجسم " . ولكن هذا لا يعني أن كل الملوك كذلك : " والله يؤتي ملكه من يشاء والله واسع عليم " فمن الملوك والحكام من هو صالح رشيد ومنهم من هو جبار عنيد . وقد اختار الله سبحانه وتعالى طالوت - بصفاته الطيبة - كملك لبني اسرائيل استجابة لدعوة نبيه موسى عليه السلام . ووقعت المعركة وهزم طالوت ويهوده جالوت وجنوده باذن الله ، وقتل داوود جالوت " وآتاه الله الملك والحكمة وعلمه مما يشاء " . وهنا ربط الله سبحانه وتعالى بين الملك أو الحكم والحكمة ، لبيان ما ينبغي أن يكون عليه الحاكم من حكمة حتى يكتب له التوفيق في مهمته الاصلاحية الشاقة ، ويتمكن من القضاء على الفساد الذي جبل الناس عليه (١)، وقالت الملائكة بشأنه للمولى عز وجل عندما علموا بخلق الانسان : " أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء، ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال اني أعلم ما لا تعلمون " (٢) ، وأوضح لهم سبحانه وتعالى أن سر اختياره للانسان كخليفة في الأرض هو ماآتاه الله من علم .

غير أن البسطة في العلم والجسم ليست هي الصفات الوحيدة التي يلزم توافرها في الحاكم . فهناك صفات أخرى وردت في كتاب الله تعالى يجب أن يتصف بها الحاكم الصالح . لذلك لم يقل موسى عليه السلام لبني اسرائيل بالنسبة للملك طالوت أن الله سبحانه وتعالى : " زاده بسطة في العلم والجسم " فحسب ، وانما قال قبل ذلك : " ان الله اصطفاه عليكم " ، ولا شك أن الله جلت قدرته لا يصطفي الا من تكتمل فيه الصفات اللازمة لما يصطفي له . كما أن

---

(١) الآيات من ٢٤٦ الى ٢٥١ من سورة البقرة .

(٢) الآية ٣٠ من سورة البقرة .

العلم الحقيقي يدفع صاحبه الى الاتصاف بكل صفة حميدة . ويمكن ايجاز أهم الصفات القرآنية التي يجب أن يتصف بها الحاكم فيما يلي :

١ - التقــوى :

وهي مخافة الله ومراعاته في السر والعلن . وهي معيار المفاضلة بين الناس عند الله سبحانه وتعالى . فيقول جل شأنه : " ان أكرمكم عند الله أتقاكم ، ان الله عليم خبير " (١) . والحاكم التقي يخشى الله وينصره ، " ولينصرن الله من ينصره ، ان الله لقوى عزيز . الذين ان مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا لازكاة ، وأمروا بالمعروف ، ونهوا عن المنكر ، ولله عاقبة الأمور " (٢) .

والتقوى تؤدي الى الفراسة ومعرفة خفايا الأمور وحسن التعامل معها . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اتقوا فراسة المؤمن ، فانه ينظر بنور الله"(٣).

٢ - العدالــة :

يقول الخالق سبحانه وتعالى : " ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، ان الله نعما يعظكم به ، إن الله كان سميعا بصيرا " (٤) ويقول جل شأنه " ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا"(٥). ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أحب الخلق الى الله إمام عادل ، وأبغضهم اليه إمام جائر " . (٦) والإمام العادل هو أول السبعة الذين يظلهم الله يوم القيامة يوم لا ظل الا ظله كما ورد في الحديث الشريف الذي رواه البخاري ومسلم .

---

(١) الآية رقم ١٣ من سورة الحجرات .

(٢) الآيتان ٤٠ و ٤١ من سورة الحج . ويقول عثمان بن عفان : فينا نزلت هذه الآية ، فهي لي ولأصحابي - راجع مختصر ابن كثير - محمد كريم راجح - الجزء الثاني - ص ٩٢ .

(٣) رواه البخاري والترمذي .

(٤) الآية رقم ٥٨ من سورة النساء .

(٥) الآية رقم ٨ من سورة المائدة .

(٦) رواه أحمد .

٣ - المشـــاورة :

أمر الله سبحانه وتعالى نبيه الكريم - وهو المنزه عن الهوى ، ذو الخلق العظيم - بأن يشاور الناس ، فقال : " وشاورهم في الأمر " (١) . وجعل الشورى استجابة لأمر الله ، وألحقها باقامة الصلاة وايتاء الزكاة . فقال تبارك وتعالى : " والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون " (٢) .

٤ - الاخـــلاص :

ان الاخلاص في العمل بعد الايمان بالله هو أساس المساءلة أمام الله جلت قدرته . " وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون" (٣) . ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ما من أمير يلى أمر المسلمين ثم لا يجهد لهم وينصح ، الا لم يدخل معهم الجنة " (٤) .

وقف التسلط :

يقول الله جل شأنه : " ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض ولكن الله ذو فضل على العالمين " (٥) . ورغم عموم العبارة في قوله تعالى : "دفع الله الناس بعضهم ببعض " ، فان المقصود منها هو تسليط الأخيار على الأشرار أو تسليط الأشرار على أشرار أمثالهم ، لأن هذا هو الذي يمنع الفساد في الأرض ، وليس تسليط الأشرار على الأخيار من عباد الله .

---

(١) الآية ١٥٩ من سورة آل عمران .

(٢) الآية رقم ٣٨ من سورة الشورى .

(٣) الآية رقم ١٠٥ من سورة التوبة .

(٤) رواه مسلم .

(٥) الآية ٢٥٢ من سورة البقرة .

وتلك سنة من سنن الله في أرض
على نطاق ملكه ويعيث في الأرض
عليه ظالما مثله فيقضي عليه أو ي
وقد يسلط عليه حاكما صالحا ف
أن سيطر حاكم ظالم سيطرة كا
على مستوى العالم أو على مست
التاريخ أن قوتين عظيمتين على ا
وذلك كالفرس والروم في التاريخ
وأمريكا وروسيا في العصر الحا
تسمح لهتلر حاكم ألمانيا في الأ
على العالم كقوة واحدة .

وعلى مستوى الدولة الواحدة م
عليه غيره فقضى عليه أو أوهنه
الدول الأكثر تقدما هي التي ع
بعض، فاعتنقت نظام تعدد الأ
السلطة وأن السلطة المطلقة مدعا

أما الحاكم الصالح الذي يتقي
تقواه تحول دون فساده. وهنا
الخارجي الذي تمثله المعارضة
الذين إن مكناهم في الأرض أق
ونهوا عن المنكر ، ولله عاقبة الأم

ولم ينفرد حاكم بالسلطة الا
كسليمان عليه السلام وذي الق
ببعض هو منع الفساد في الأ
يسعى لتحقيق الخير .

---

(١) عن أبي موسى رضي الله عنه ق
للظالم ، فاذا أخذه لم يفلته ، ث
اليم شديد) متفق عليه .

خاتمـــــه :

عبر القرآن الكريم عن الدولة - كما نعرفها الآن - بألفاظ متعددة ، هي لفظ القرية ، والمدنية ، والبلد أو البلدة . وكان أكثر تلك الألفاظ استخداما هو لفظ القرية . ولعل ذلك يرجع الى صغر حجم الدول القديمة التي وردت قصصها في الكتاب المبين .

وقد حدثنا القرآن الكريم عن كافة عناصر الدولة من شعب وأرض وحكومة حديثا طيبا يمكن لمن يتدبره أن يفهم منه الكثير :

- أما عن الشعب فقد خلق الله تعالى الناس شعوبا لتتعارف وتتعاطف، وجعل من الايمان به سبحانه العنصر الأساسي للتقارب بين أبناء الشعوب ، مفضلا اياه على كافة عوامل التقارب الأخرى بين الناس من لغة أو جنس أو لون .

- وأما الأرض فقد خلق الانسان منها . وعلى ظهرها يعيش ، وفي باطنها يدفن ، ومنها يوم القيامة يبعث، وهي لله تعالى يورثها من يشاء من عباده ، والعاقبة للمتقين .

- وأما عن الحكومة فقد ربطت آيات الكتاب بين الحكم والحكمة ، مما يدل على وجوب اتصاف الحكام بها . وأمر الله سبحانه وتعالى الحكام أمرا قاطعا وصريحا باقامة العدل بين الناس ومشاورتهم وبينت آيات الذكر الحكيم عاقبة كل حاكم ظالم ، وفي ذلك عبرة لمن يعتبر .

حول

ضوابط اختصاص المحاكم في القانون والشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة

بقلم الدكتور أحمد محمد مليجي *

* أستاذ مساعد قانون المرافعات بكلية الحقوق بجامعة أسيوط معار إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات ، له العديد من المؤلفات والبحوث في المرافعات .

تمهيد :

ثمة ضوابط معينة لتحديد اختصاص المحاكم تتبعها تشريعات المرافعات الحديثة ، وهذه الضوابط تحمل في طياتها أهداف متنوعة ، فمن هذه الضوابط ما يكون الهدف المباشر منه حسن تنظيم السلطة القضائية تحقيقا للمصلحة العامة التي تعلوعلى مصالح الأفراد الخاصة ، ومنها ما يكون الهدف المباشر منه تحقيق مصالح خاصة للخصوم برعاية من هو أولى بالرعاية منهم ، كرعاية المدعى عليه بمنح الاختصاص للمحكمة القريبة منه التي يقع بدائرتها موطنه أو محل اقامته على أساس أن الأصل براءة ذمته وأنه في مركز المدافع فينبغي على المدعي وهو المهاجم أن يسعى الى المدعى عليه ويرفع الدعوى أمام المحكمة القريبة منه ، اللهم الا اذا كان المدعى في مركز أضعف من مركز المدعى عليه بحيث يكون هو الطرف الأحق بالرعاية فيمنح الاختصاص في هذه الحالة للمحكمة الكائن بدائرتها موطن المدعى أو محل اقامته ومثال ذلك طالب النفقة أو المستفيد في عقد التأمين ، اذ تختص محكمة المدعى بدعاوى المطالبة بالنفقة على اختلاف أنواعها وبالدعاوى التي يرفعها المستفيد في عقد التأمين بأنواعه المختلفة، على أساس أن المدعي في هذه الحالات أولى بالرعاية من المدعى عليه

. وهكذا تتنوع ضوابط اختصاص المحاكم وفقا لما يبتغيه المشرع من أهداف ، ويثور تساؤل في ذهن المرء عن ما اذا كانت الشريعة الاسلامية قد عرفت هذه الضوابط التي تسود التشريعات الاجرائية الحديثة أم أن الفقه الاسلامي لم يعرف هذه الضوابط ولم يعمل بها القضاة المسلمون نظرا لكونها ضوابط مستحدثة تسود القوانين الوضعية الأجنبية ؟ .

هدف البحث ونطاقه وخطته :

وقد خصصنا هذا البحث للاجابة عن هذا التساؤل ، ولتوضيح حقيقة أن ضوابط اختصاص القاضي التي تسود القوانين الحديثة معروفة في الفقه الاسلامي وكان معمولا بها .

وهذا هو الهدف الذي يرمي اليه هذا البحث ، ولذلك فان نطاقه لن يتسع للتعرض بالتفصيل لقواعد الاختصاص في تشريعات المرافعات الحديثة ، أو للحديث عن كافة جوانب نظام القضاء في الاسلام ، وانما ينحصر نطاقه فقط في التعرض بصفة عامة لأهم ضوابط اختصاص القاضي التي تأخذ بها قوانين المرافعات ، والتي عرفها الفقه الاسلامي أيضا .

ومن ثم فإن الدراسة في هذا البحث سوف تنقسم الى فصلين ، فصل أول في توضيح ضوابط الاختصاص القضائي في القانون ، والمقصود بلفظ القانون في هذا المقام قانون المرافعات ، أما الفصل الثاني فسوف نخصصه لدراسة ضوابط الاختصاص القضائي في الشريعة الاسلامية .

الفصل الأول
ضوابط الاختصاص القضائي في القانون

الاختصاص القضائي La competence judiciaire هو نصيب كل محكمة من ولاية القضاء (١) ، اذ ينتج عن تجزئة ولاية القضاء نظرا لاستحالة أن تمارس محكمة واحدة فقط هذه الولاية في الدولة كلها ، أن تختص كل محكمة من المحاكم المختلفة بنصيب معين من ولاية القضاء .

ومن ثم فان تحديد اختصاص محكمة ما يقصد به تحديد القضايا التي تباشر هذه المحكمة بشأنها ولاية القضاء (٢) ، فالاختصاص هو حد من ولاية المحكمة بسبب وجود محاكم أخرى (٣) ، وبعبارة أخرى هو نطاق القضايا التي يمكن أن

---

(١) ولاية القضاء La juridictin تعني سلطة الحكم بمقتضى القانون الممنوحة لكافة محاكم الدولة أى لجميع أعضاء السلطة القضائية التي تقابل سلطتي التشريع والتنفيذ في الدولة - راجع فيما يتعلق بمعنى ولاية القضاء ونطاقها - رسالتنا للدكتوراه في موضوع " تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي - دراسة مقارنة " - كلية الحقوق جامعة عين شمس سنة ١٩٧٩ ، ص ٦ وما بعدها .

(٢) وبذات المعنى يقول موريل : "La compétence ,c'est l'aptitude d'un tribunal à connaître d'un procès , c'est la mesure dans laquelle il peut exercer son pouvoir de juridictin ".

Voyez : Morel " René " : Traité élémentaire de procédure civile - deuxiême édition , Paris 1949 , no. 194 P. 177.

(٣) أنظر الدكتور فتحي والي - مبادىء قانون القضاء المدني - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٥ ، بند ١٤٧ ص ٢٢٠ .

يباشر فيه العضو القضائي ولايته (٤) . ولولا تعدد المحاكم داخل الدولة لتركزت ولاية القضاء في محكمة واحدة تباشرها بمفردها ، ولكن هذا التعدد ضروري لأنه من قبيل المستحيل كما ذكرنا آنفا ، أن تباشر محكمة واحدة ولاية القضاء في الدولة فتنظر كافة المنازعات التي يمكن أن تحدث في جميع أنحاء الدولة وبين كافة مواطنيها أيا كان نوع هذه المنازعات ، ولذلك كان تعدد المحاكم وانتشارها في كافة أرجاء الدولة ضرورة ، ونتج عن هذه الضرورة تجزئة ولاية القضاء الى أنصبة ، بحيث يكون لكل محكمة من هذه المحاكم المتعددة نصيب من هذه الولاية ، وهذا النصيب الممنوح للمحكمة من ولاية القضاء هو اختصاصها .

ويختلف الاختصاص في معناه عن التوزيع الداخلي للعمل داخل المحكمة الواحدة (٥) فاذا كان في المحكمة الواحدة عدة دوائر مختلفة ، فان توزيع العمل بين هذه الدوائر المتعددة لا يعتبر توزيعا للاختصاص ، حتى ولو كانت كل دائرة مخصصة لنوع معين من القضايا (٦) ، وأيضا لو تم توزيع العمل داخل الدائرة الواحدة (٧) ، بين رئيس هذه الدائرة وكل من أعضائها بحيث كان لكل منهم واجبات متميزة بالنسبة لكل قضية ، فان مثل هذا التوزيع لا يعتبر توزيعا للاختصاص وانما هو بمثابة تقسيم للعمل ، اذ الاختصاص ينعقد للمحكمة

---

(٤) الدكتور وجدي راغب – النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات – رسالة للدكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس – طبعة سنة ١٩٧٤ – ص، ٦٠ .

(٥) أنظر : موريل – المرجع السابق – بند ١٠٦ ص ١٠٩ ، الدكتور أحمد مسلم – أصول المرافعات – سنة ١٩٧١ – بند ٧٣ ص ٦٥ و ص ٦٦ ، الدكتور فتحي والي – مبادىء قانون القضاء المدني – المرجع السابق – بند ١٤٧ ص ٢٢٠ ، الدكتور وجدي راغب الرسالة السابقة – ص ٦٠١ .

(٦) ، (٧) أنظر : الدكتور فتحي والي – مبادىء قانون القضاء المدني – المرجع السابق – بند ١٤٧ ص ٢٢٠ .

كوحدة واحدة ، فاذا انقسمت الى دوائر متعددة أو حتى حدث تقسيم للعمل داخل الدائرة الواحدة ، فان ذلك لا يؤثر على اختصاص المحكمة كوحدة واحدة .

ولكن اذا كان للمحكمة كوحدة واحدة اختصاص معين هو نصيبها من ولاية قضاء الدولة كلها فما هي أسس وضوابط تحديد هذا الاختصاص ؟

أن هذا التحديد لا يعتمد على أساس أو ضابط واحد ، فقد يعتمد هذا التحديد على أساس مكاني بحيث يكون للمحكمة مجال اقليمي معين ، أي دائرة اقليمية معينة ، فتنظر في القضايا التي يكون بينها وبين هذه الدائرة الأقليمية صلة معينة ، ومن ثم يكون تحديد الاختصاص في هذه الحالة بالنظر الى مكان المحكمة ، وهذا هو الضابط المكاني للاختصاص .

كما قد يعتمد هذا التحديد ، على أساس نوع القضية ذاتها ، بحيث تختص المحكمة بنوع معين من القضايا ، وهذا هو الضابط النوعي للاختصاص .

كذلك فان تحديد اختصاص المحكمة قد يعتمد على أساس قيمة القضية ، بحيث يكون للمحكمة نصاب قيمي معين ، لا تنظر سوى القضايا التي تكون قيمتها في حدود هذا النصاب ، وهذا هو الضابط القيمي للاختصاص .

أضف الى ذلك أن ولاية القضاء في الدولة ككل قد توزع على جهات قضائية متعددة بحيث يتبع كل جهة قضائية عدة محاكم مختلفة ، ففي مصر وفرنسا توجد جهتان رئيسيتان هما جهة القضاء العادي وجهة القضاء الاداري ،

وفضلاعن هاتين الجهتين قد يلجأ المشرع الى انشاء جهات خاصة أخرى على سبيل الاستثناء ، فيمنح نصيب من ولاية قضاء الدولة للجان ادارية ذات تشكيل معين أو لمحاكم خاصة معينة .

وفي دولة الامارات العربية المتحدة توزع ولاية القضاء على جهة القضاء اتحادى وجهة قضاء محلي ، وتتمثل جهة القضاء الاتحادى (٨) في المحاكم الاتحادية في امارات أبو ظبي والشارقة وعجمان والفجيرة ، وهي تشمل المحاكم الاتحادية الابتدائية في الامارات الأربع ومحكمة استئناف أبو ظبي الاتحادية ومحكمة استئناف الشارقة الاتحادية ، والمحكمة الاتحادية العليا التي على قمة التنظيم القضائي في الدولة ومقرها أبو ظبي ، وتتمثل جهة القضاء المحلي في المحاكم المحلية في امارات دبي وأم القيوين ورأس الخيمة ، وهي تشمل المحاكم الشرعية والمدنية في الامارات الثلاث وفضلا عن ذلك هناك المحاكم أو اللجان القضائية الخاصة التي يأمر حاكم الامارة من وقت لآخر بانشائها اذا رأى ذلك مناسبا ، للنظر في أية دعوى أو مادة حقوقية معينة .

ويلاحظ أنه في داخل كل جهة قضائية (٩) يتم توزيع القضايا على المحاكم المختلفة التابعة لها اما على أساس مكاني أو على أساس نوع القضية أو قيمتها وبناء على ذلك فاننا سوف نقسم الدراسة في هذا الفصل الى المباحث التالية :

المبحث الأول : في الضابط المكاني للاختصاص .

المبحث الثاني : في الضابط النوعي للاختصاص .

المبحث الثالث : في الضابط القيمي للاختصاص .

---

(٨) راجع تفاصيل ذلك : في مؤلفنا " مبادىء قانون المرافعات المدنية والتجارية في دولة الامارات العربية المتحدة - الجزء الأول - العمل القضائي - النظام القضائي " نشر دار القلم بدبي سنة ١٩٨٦ ص ١٩١ وما بعدها .

(٩) يقصد بالجهة القضائية بصفة عامة ، أى محكمة أو مجموعة من المحاكم تخضع لتنظيم قضائي خاص بها .

المبحث الأول
الضابط المكاني للاختصاص

من الضوابط الأساسية في توزيع ولاية القضاء على مختلف محاكم الدولة الضابط المكاني أو الجغرافي ، ووفقا لهذا الضابط يكون لكل محكمة نصيب من ولاية القضاء بحسب موقعها الجغرافي من أقليم الدولة ، فتختص بالقضايا المتعلقة بدائرة اقليمية معينة .

ويراعى المشرع في ذلك مصلحة الخصوم ،بحيث تكون المحاكم قريبة منهم ، اذ لا شك في أن تيسير التقاضي يقتضي تقريب المحاكم من المتقاضين ، بحيث تكون العدالة في متناول أيديهم ، وهذا التقريب من الأمور التي تكفلها الدولة ، اعمالا لواجبها في نشر العدالة وتيسير الحصول عليها ، وقد نصت على ذلك المادة ١/٦٨ من الدستور المصرى الحالي التي تقول " ...تكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا ".

والقاعدة الأصلية في الأخذ بالضابط المكاني لتوزيع ولاية القضاء ، هي عقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها الاقليمية موطن المدعى عليه ، فالأصل أن المدعى يسعى الى المدعى عليه في أقرب المحاكم الى موطنه " Actor se-quitur forum rei " وهذه القاعدة كانت سائدة في القانون الروماني (١٠)، وأساس هذه القاعدة هو أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه ، فقد يكون المدعى محقا في دعواه وقد يكون غير محق ، ولذلك يجب أن يتحمل هو مشقة الانتقال الى محكمة المدعى عليه .

---

(١٠) أنظر : الدكتور محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي - قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن - سنة ١٩٥٧ - الجزء الأول - بند ٦٤٦ ص ٤٤٠، الدكتور محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات طبعة سنة ١٩٧٨ - الجزء الأول ص ١٧٣ .

فهذه القاعدة تقوم على أساس من المنطق والعدالة (١١) ، اذ أن المدعى هو المهاجم وليس من المنطقي أن يستدعى خصمه الى موطنه هو ، لكي يوجه اليه هجومه ، بل هو المكلف بالسعي الى المدعى عليه وبذل الجهد ، أما المدعى عليه فموقفه سلبي وليس من العدل اجباره على الانتقال الى موطن المدعى ليدافع عن نفسه في دعوى قد يتضح في النهاية عدم صحتها .

كذلك فان الأخذ بهذه القاعدة يؤدي الى تحقيق مبدأ المساواة بين الخصـــوم (١٢) فالمدعى هو الذي يختار الوقت الذي يرفع فيه الدعوى ، ويستطيع أن يعد مستنداته قبل رفعها ، ولذلك يكون في مركز أفضل من المدعى عليه ، ولتحقيق المساواة بينهما ، يجب رفع الدعوى أمام المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدعى عليه .

ولقد نصت على هذه القاعدة المادة ١/٤٩ من قانون المرافعات المصرى ، التي تقرر أنه " يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " ، وواضح من هذا النص أن قاعدة سعى المدعي الى محكمة موطن المدعى عليه تنطبق على كافة الدعاوى ، وذلك ما لم يوجد نص تشريعي خاص يستثنى خضوع بعض الدعاوى من هذه القاعدة ، ويجيز رفع هذه الدعاوى المستثناة الى محكمة أخرى ، خلاف المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدعى عليه .

كما نصت على هذه القاعدة أيضا المادة ٣/٣ من القانون الاتحادى رقم ٦ لسنة ١٩٧٨ في دولة الامارات العربية المتحدة والخاص بانشاء محاكم اتحادية

---

(١١) راجع : الدكتور عبد الباسط جميعي – مبادىء المرافعات – في قانون المرافعات الجديد طبعة سنة ١٩٧٤ ص ٦٧ .

(١٢) راجع : الدكتور فتحي والي – مبادىء قانون القضاء المدني – المرجع السالف الذكر – بند ١٦٤ – ص ٢٤٣ .

ونقل اختصاصات الهيئات القضائية المحلية في بعض الامارات اليها ، فقد قررت هذه المادة أن " المنازعات المدنية والتجارية التي تقام بين الاتحاد والافراد تختص بنظرها المحكمة الاتحادية الابتدائية حسب مقر اقامة المدعى عليه " .

كما قررت هذه القاعدة أيضا المادة السابعة من قانون اجراءات المحاكم المدنية رقم ٣ لسنة ١٩٧٠ المعمول به في إمارة أبو ظبي وذلك بالنسبة لدعاوى التعويض بسبب ضرر للنفس أو المال (١٣) ، ونصت عليها أيضا المادة التاسعة من هذا القانون بالنسبة لدعاوى العقود (١٤) ولكن لم يشترط المشرع الظبياني أن يكون للمدعى عليه موطن في دائرة اختصاص المحكمة واكتفى بوجود محل الاقامة ، أو مكان عمل له بدائرة المحكمة .

واذا كانت القاعدة الأصلية في الاختصاص المكاني للمحاكم هي عقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ، فانه في بعض الأحوال تمنح التشريعات الاختصاص لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه أو لمحكمة أخرى بالإضافة الى محكمة موطن المدعى عليه وذلك مراعاة لاعتبارات معينة ، ومن أمثلة ذلك منح الاختصاص بالدعاوى المتعلقة بالعقار لمحكمة موقع العقار وهو ما تنص عليه المادة ١/٥٠ مرافعات مصرى . والمادة ٨ من قانون

---

(١٣) تنص المادة السابعة من قانون الاجراءات المدنية الظبياني على أنه : " في أى دعوى بالتعويض بسبب ضرر للمال أو النفس للمدعى أن يرفع الدعوى في محكمة الدائرة التي وقع فيها الضرر أو في محكمة الدائرة التي يقيم أو يعمل فيها المدعى عليه وقت الدعوى أو أى مدعى عليه اذا كان المدعى عليهم أكثر من شخص " .

(١٤) تنص المادة التاسعة من قانون الاجراءات المدنية الظبياني على أنه " في الدعاوي المتعلقة بالعقود للمدعى أن يرفع الدعوى في محكمة الدائرة : (أ) التي تم العقد فيها ، أو (ب) التي ينفذ فيها العقد أو ينتهي تنفيذه ، أو (ج) التي يدفع فيها أى مبلغ بموجب نصوص العقد ، أو (د) التي يقيم أو يعمل فيها المدعى عليه وقت رفع الدعوى " .

الاجراءات المدنية الظبياني (١٥) وحكمة ذلك أن هذه المحكمة هي الأقدر على الفصل في هذه الدعاوى نظرا لقربها من العقار ، اذ أن قرب المحكمة من العقار يجعلها أكثر قدرة على الاحاطة بعناصر النزاع (١٦) ، فقد يستلزم الفصل في الدعوى الانتقال الى العقار لمعاينته أو ندب خبير لذلك وغير ذلك من اجراءات التحقيق التي تتطلب الانتقال للعقار ، كما أن منح الاختصاص لمحكمة موقع العقار بالدعاوى المتعلقة ييسر تنفيذ الأحكام الصادرة منها في هذه الدعاوى .

ومن أمثلة ذلك أيضا عقد الاختصاص بالدعاوى المتعلقة بالتركات التي ترفع قبل قسمة التركة من الدائن أو من بعض الورثة على بعض للمحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن للمتوفي (مادة ٥٣ مرافعات مصرى) ومنح الاختصاص في مسائل الافلاس للمحكمة التي قضت به (مادة ٥٤ مرافعات مصرى) أى للمحكمة التي قضت بشهر الافلاس والمحكمة التي تقضي بشهر الافلاس هي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها سجل التاجر (مادة ١٩٧ تجارى مصرى) وعقد الاختصاص في المنازعات المتعلقة بطلب قيمة التأمين للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المستفيد أو مكان المال المؤمن عليه (مادة ٥٨ مرافعات مصرى) وذلك رعاية للمستفيدين من التأمين وهم الطرف الضعيف في الدعوى .

ومن أمثلة الحالات التي تمنح التشريعات فيها الاختصاص لمحكمة أخرى فضلا عن محكمة المدعى عليه ما تنص عليه المادة السابعة من قانون الاجراءات الظبياني من منح الاختصاص بدعاوى التعويض بسبب ضرر للمال أو النفس لمحكمة مكان وقوع الضرر وذلك الى جانب محكمة محل اقامة أو عمل المدعى

---

(١٥) تنص المادة الثامنة من قانون الاجراءات المدنية الظبياني على أنه "في الدعاوى المتعلقة بالعقار للمدعى أن يرفع دعواه في محكمة الدائرة التي يوجد بها كل العقار أو في أى محكمة أخرى يوجد بدائرتها أى جزء من العقار" .

(١٦) Solus " Henry " et Perrot" Roger" : Droit judiciaire privé, Paris 1961, II, 326 p. 377

عليه ويكون الاختيار في ذلك للمدعى ، وما تقرره المادة التاسعة من قانون الاجراءات الظبياني من عقد الاختصاص بدعاوى العقود لمحكمة مكان ابرام العقد أو مكان تنفيذه كله أو مكان تنفيذ أي جزء منه فضلا عن محكمة محل اقامة أو عمل المدعى عليه وقت رفع الدعوى ويكون الاختيار في ذلك لرافع الدعوى

ومن ذلك أيضا عقد الاختصاص بدعاوى النفقات للمحكمة التي يقع بدائرتها موطن المدعى الى جانب محكمة موطن المدعى عليه وفقا للمادة ٥٧ مرافعات مصرى ، ويكون الاختيار لطالب النفقة وهو الطرف الضعيف في الدعوى .

ومن ذلك أيضا عقد الاختصاص بالدعاوى المتضمنة طلب اتخاذ اجراء وقتي ، كدعاوى أثبات الحالة أو جرد الأموال أو وضع الأختام ، للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الاجراء في دائرتها (مادة ١/٥٩ مرافعات مصرى ، ومنح الاختصاص بالطلبات العارضة للمحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية مادة ١/٦٠ مرافعات مصرى وذلك اعمالا للمبدأ القائل أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع وجمعا لشتات النزاع الواحد أمام محكمة واحدة ومن ذلك أيضا ما تجيزه التشريعات لأطراف الدعوى أن يتفقوا على اختصاص محكمة أخرى ، الى جانب محكمة موطن المدعى عليه ، بحيث يكون للمدعى الخيار بين رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة طبقا للاتفاق وبين رفعها أمام المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدعى عليه .

المبحث الثاني
الضابط النوعي للاختصاص

يتحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الجهة القضائية الواحدة وفقا للضابط النوعي ، الذي بمقتضاه يتم توزيع ولاية القضاء على المحاكم المختلفة التابعة

للجهة القضائية الواحدة حسب نوع القضية ، أي مادتها كأن تكون مدنية أو تجارية أو في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية وغير ذلك .

فمثلا في دولة الامارات العربية المتحدة فانه يتم توزيع القضايا على المحاكم التابعة لجهة القضاء الاتحادي بالنظر الى نوعها ، فتختص المحكمة الاتحادية العليا بمنازعات ومسائل معينة وأيضا محاكم الاستئناف الاتحادية والمحاكم الاتحادية الابتدائية ، ولا يتسع المقام للتعرض لتفصيلات ذلك (١٧) . وأيضا بالنسبة للقضاء المحلي فان توزيع الاختصاص بين المحكمة الشرعية والمحكمة المدنية في أية امارة يتم على أساس نوعي ، فمثلا وفقا للمادة العاشرة من قانون تشكيل محاكم دبي لسنة ١٩٧٠ فان المحكمة الشرعية في هذه الامارة ذات اختصاص عام وشامل في جميع الدعاوى والمواد ولا يخرج من اختصاصها الا ما عهد به القانون الى المحكمة المدنية أو الى لجنة أو محكمة قضائية خاصة ، بينما اختصاص المحكمة المدنية محدد وفقا للمراسيم الصادرة بشأنها وهو ينحصر في بعض الجرائم والدعاوى المدنية الناشئة عنها وبعض المعاملات المدنية والتجارية وبعض مسائل الاحوال الشخصية لغير المسلمين .

وفي امارة أم القيوين فانه وفقا للمادة ٤/أ/ب من قانون المحاكم رقم ٢ لسنة ١٩٧١ فان اختصاص المحكمة الشرعية محدد وليس عاما وشاملا وانما ينحصر في النظر في منازعات الأحوال الشخصية التي يكون أحد أطرافها مسلما ، أما اختصاص المحكمة المدنية فإنه وفقا للمادة ٥/أ من قانون المحاكم هو اختصاص عام وشامل فهي تختص بجميع المنازعات والمسائل عدا تلك التي تدخل في اختصاص المحكمة الشرعية وتلك التي تدخل في اختصاص المحاكم الخاصة التي يأمر الحاكم بتشكيلها عند الضرورة للفصل في أية دعوى .

---

(١٧) راجع في ذلك مؤلفنا مبادىء قانون المرافعات في دولة الامارات – الجزء الأول – سابق الاشارة اليه ص ١٩٣ وما بعدها .

المبحث الثالث

الضابط القيمي للاختصاص

وفقا لهذا الضابط يتم توزيع ولاية القضاء على المحاكم المختلفة بالنظر الى قيمة القضية ، بحيث تكون قيمة القضية هي المعيار المحدد لاختصاص كل محكمة ، بصرف النظر عن أي أعتبار آخر .

وتعرف قواعد توزيع الدعاوى على المحاكم على أساس القيمة المالية للدعوى بقواعد الاختصاص القيمي ، وتظهر أهمية الاختصاص القيمي في النظم القانونية التي ترتب محاكم أول درجة على مستويين أو أكثر (١٨) ، اذ يمنح الاختصاص بالدعاوي ضئيلة القيمة لأدنى محكمة في السلم القضائي وهي تشكل في العادة من قاض واحد حديث التعيين ذي خبرة محدودة ، بينما تختص بالدعاوي الكبيرة القيمة أو الغير محددة القيمة من محكمة مشكلة من أكثر من قاض من ذوى الخبرة بالعمل القضائي ، والمحكمتان يمثلان أول درجة للتقاضي، ومن أمثلة ذلك توزيع الدعاوى على المحكمة الجزئية والمحكمة الكلية في التشريع المصرى ، فهما يمثلان أول درجة ، ولكن تختص المحكمة الجزئية والتي تشكل من قاض واحد بالدعاوى التي لا تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه مصرى بينما تختص المحكمة الكلية وهي مشكلة من ثلاثة قضاة بالدعاوى التي تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه وبالدعاوى غير مقدرة القيمة .

وفي دولة الامارات العربية المتحدة لا يرتب المشرع الاتحادي أو المحلي محاكم أول درجة في المواد المدنية على مستويين مختلفين أحدهما أعلى من الآخر ، باستثناء المشرع في امارة دبي الذي نص في المواد ١٥ و ١٧ من قانون تشكيل

---

(١٨) أنظر : الدكتور محمد عبد الخالق عمر – قانون المرافعات – ملخص المحاضرات التي القاها على طلبة كلية الشريعة والقانون في الفصل الأول سنة ١٩٨٢م ١٩٨٣ على الآلة الكاتبة – ص ٨٢ وص ٨٣ .

المحاكم على تنظيم مستويين لمحكمة أول درجة هما : مستوى دائرة الصلح ومستوى الدائرة العادية ، ويوزع الاختصاص بين هذين المستويين على أساس قيمة الدعوى ، فينعقد الاختصاص لدائرة الصلح التي تشكل دائما من قاض واحد بالمنازعات التي لا تتجاوز قيمتها ألف درهم ، بينما تختص الدائرة العادية والتي يمكن أن تشكل من أكثر من قاض بالدعاوى التي تزيد قيمتها على ألف درهم وبالدعاوى التي لا يمكن تحديد قيمتها بمبلغ من النقود أى الدعاوى غير مقدرة القيمة .

ومما هو جدير بالذكر أن قيمة الدعوى قد يعتد بها لتحديد اختصاص محكمة أول درجة ، كما أنه قد يعتد بها لتحديد نصاب استئناف الحكم ونصاب الطعن فيه بالنقض ، ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة الثانية من نظام استئناف القرارات الصادرة عن المحكمة المدنية رقم ٢ لسنة ١٩٧١ المعمول به بامارة الشارقة بأن قرارات المحكمة المدنية في الدعاوى والمواد الحقوقية التي تقل قيمتها عن خمسمائة درهم تكون قطعية وغير قابلة للاستئناف ، أما قراراتها التي تزيد قيمتها عن خمسمائة درهم تكون قابلة للاستئناف أمام محكمة الاستئناف المدنية ومن ذلك أيضا ما تنص عليه المادة ١/٤ من القانون الاتحادى رقم ١٧ لسنة١٩٧٨ بتنظيم حالات واجراءات الطعن بالنقض امام المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات ، أن للخصوم أن يطعنوا بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف الاتحادية اذا كانت قيمة الدعوى تجاوز خمسة آلاف درهم أو كانت غير مقدرة القيمة .

الفصل الثاني
ضوابط الاختصاص القضائي
في الشريعة الاسلامية

يطلق الفقه على الاختصا ص « La compétence » اصطلاح التخصيص، وللتخصيص معنى في اللغة يختلف عن معناه في الاصطلاح فالتخصيص لغة (١٩) : هو قصر العام على بعض منه ، فهو ضد التعميم ويقال اختصه بالشيء أى خصه به وقصره عليه .

أما اصطلاحا في مجال القضاء : فقد قيل انه « اسناد عمل من أعمال الدولة مما يترتب عليه فض المنازعات ودفع الخصومات الى شخص من الأشخاص الذين لهم خبرة بالأحكام الشرعية ، وجعل هذا العمل قاصرا على هذا الشخص يتصرف فيه ، سواء أكان حق التصرف مقيدا كما في الحدود أو غير مقيد كما في التعزيرات » (٢٠) .

وقال البعض ان التخصيص اصطلاحا هو « تحديد سلطة القاضى بنوع الدعوى ، أو مكانها ، أو زمانها » (٢١) .

---

(١٩) انظر : القاموس المحيط ج٢ ص ٣٠١ ، المصباح المنير ج١ ص ٢٠٥ ، التعريفات للجرجاني ص ٤٦ ، المعجم الوسيط ج١ طبعة سنة ١٣٨٠ هـ ، ص ٢٣٧ .

(٢٠) الدكتور : شوكت عرسان عليان ، السلطة القضائية في الاسلام ، رسالة للدكتوراه – جامعة الأزهر سنة ١٩٧٢ – ص ٢٣٢ .

(٢١) الدكتور : حامد عبد الرحمن ، نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم بين الشريعة والقانون رسالة للدكتوراه جامعة الأزهر سنة ١٩٧٦ص٥١ .

ونعتقد أن المعنى الذي يقصده فقهاء المسلمين من تخصيص القضاء هو قصر ولاية القاضي على بعض من الولاية العامة للقضاء بحيث تكون ولايته ولاية خاصة ، فولاية القاضي اما أن تكون ولاية عامة مطلقة بمعنى أن تكون ولاية القضاء كاملة ، واما أن تكون ولايته خاصة فلا تكون له ولاية القضاء كاملة بل ناقصة ومقيدة وهنا يكون التخصيص ، اما حيث تكون الولاية عامة فلا تخصيص(٢٢).

وتخصيص القضاء أمر جائز ، اذ ولاية القاضي في الاسلام مسندة أساسا للدولة ، يتولاها ولى الأمر بنفسه (٢٣) ، بيد أن ولى الأمر لا يستطيع القيام بجميع الأمور بمفرده ، فهو لا يمكنه مزاولة ولاية القضاء منفردا نظرا لما يشغله عنها من امور ولاتساع رقعة البلاد وكثرة الخصومات، ولذلك فله أن ينيب من

---

(٢٢) انظر ذات المعنى : الاحكام السلطانية للماوردي ، طبعة مطبعة الوطن بمصر سنة ١٢٩٨ هـ ، ص ٦٧ ، ٧٠ ، المغنى لابن قدامة ، الطبعة الثالثة لدار المنار ، سنة ١٣٦٧ هـ ، ج ٩ ص ١٠٥ ، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ، الطبعة الأولى ، مطبعة مصطفى البابى بمصر ، سنة ١٣٥٦ هـ ، ص ٤٩ ، ٥٠ ، كشاف القناع عن متن الاقناع ، للبهوتي ، طبعة الرياض ج٦ ص ٢٩١ .

(٢٣) انظر : الدكتور محمد سلام مدكور ، القضاء في الاسلام ، نشر دار النهضة العربية بالقاهرة ص ٢١ الدكتور عطية مصطفى مشرفة ، القضاء في الاسلام ، الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦م ، ص ٧٧ ، الشيخ محمود بن عرنوس ، تاريخ القضاء في الاسلام ، المرجع السابق ، ص ٢٤ ، الاستاذ عبد الصمد عبد الحليم سالم ، السلطة القضائية وأطوارها ، رسالة مخطوطة مقدمة لجامعة الأزهر سنة ١٩٣٧م ص ٩٧ ، الأستاذ علي سيد منصور الجحدمي ، قضاء الاسلام ، رسالة مخطوطة مقدمة لجامعة الأزهر ، سنة ١٩٣٣م ، الورقة رقم ١٣٦، الاستاذ محمد بهرام القاضى ، سياسية الرسول صلى الله عليه وسلم في الجهاد والقضاء ، رسالة مخطوطة مقدمة لجامعة الأزهر ، سنة ١٩٣٦م ، الورقة رقم ١٤٦ ، الأستاذ أحمد عبد الموجود ، تاريخ القضاء الاسلامي في الأندلس ، رسالة مخطوطة مقدمة لجامعة الأزهر ، سنة ١٩٣٧م ، الورقة رقم ٦١.

يقوم بها وقد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقد ولى صلى الله عليه وسلم بعض الصحابة القضاء، كما فعل ذلك من بعده - صلى الله عليه وسلم - الخلفاء الراشـــدون (٢٤) .

فاذا ما أناب ولى الأمر من يقوم عنه بولاية القضاء ، فان هذا الأخير يستمد سلطته من ولى الأمر كما يحددها له ، اذ هو وكيل عن ولى الأمر في القضاء ، والوكالة يصح تقييدها وتعليقها ، ودليل ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم، حين بعث البعث الى غزوة مؤتة وأمر عليهم زيد بن حارثة « ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة » (٢٥) ، فالرسول صلى الله عليه وسلم ولى جعفر الامارة معلقة على قتل زيد بن حارثة ، وولى عبد الله بن رواحة الامارة معلقة على قتل جعفر ، مما يدل على جواز تعليق الامارة على شرط (٢٦) .

واذا كان تعليق الامارة على شرط أمرا جائزا ، فان للامام أن يقيد سلطة من يكل اليهم مهمة القضاء بقيود وفقا لما يراه ملائما لمصالح العباد ، وعلى هؤلاء الوكلاء ألا يخرجوا على هذه القيود ، وبذا يتضح لنا أن تخصيص القضاء أمر جائز ، وأنه ليس للقضاة الخروج على هذا التخصيص في حالة حدوثه .

وثمة أسس أو ضوابط معينة لتخصيص القضاء ، فقد يستند هذا التخصيص الى أساس أو ضابط مكاني ، بحيث يخصص لكل منطقة اقليمية معينة قاض

---

(٢٤) انظر : تبصرة الحكام ص ٩ ، المهذب ، للشيرازى ج٢ ، ص ٣٠٧ ، كشاف القناع ج٦ ، ص ٢٨٦ ، القضاء في الاسلام ، للدكتور محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص ٢٦.٢٥، القضاء في الاسلام ، للدكتور عطية مشرفة ، المرجع السابق ، ص ٧٨.٧٧، المحلى ، لابن حزم ، ج٩، ص ٤٣٥، شرح المنتهى ، ج٤ ص ٢٥٨، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ، ج٦، ص ٤٦٢ .

(٢٥) انظر : صحيح البخارى بشرح الكرمانى ، ج ١٦ ، ص ١٢١ .

(٢٦) انظر : كشف الغمة عن جميع الأمة ، طبعة سنة ١٣٠٣ هـ، ج ٢ ، ص ٢٠٧ .

لحسم الخصومات التي تنشب بين القاطنين داخل هذه المنطقة أو التي تكون لها صلة بهذه المنطقة ، وهذا هو تخصيص القضاء بالمكان .

كما قد يستند هذا التخصيص الى أساس أو ضابط وقتى ، بحيث تكون ولاية القاضى محددة بمدة زمنية معينة ، وهذا هو تخصيص القضاء بالزمان .

كذلك قد يستند هذا التخصيص أيضا الى أساس أو ضابط نوعى ، فيخصص القاضى للنظر في نوع معين من الخصومات ، وهذا هو تخصيص القضاء بالخصومات .

وسوف نبحث الآن هذه الضوابط المختلفة لتخصيص القضاء في المباحث التالية :

المبحث الأول : في تخصيص القضاء بالمكان .

المبحث الثاني : في تخصيص القضاء بالزمان .

المبحث الثالث : في تخصيص القضاء بالخصومات .

المبحث الأول
تخصيص القضاء بالمكان

تخصيص القضاء بالمكان أمر جائز (٢٧) ، فيجوز تخصيص قاض أو أكثر لكل منطقة جغرافية محددة ، سواء أكانت هذه المنطقة تشمل الدولة كلها أو اقليما منها أو بلدا معينا من هذا الاقليم ، بل انه من الممكن أن تكون هذه المنطقة هي فقط المقر الذي يحكم فيه القاضي ، وفي ذلك يقول الفقيه أبو الحسن الماوردى « ولو قلد الحكم فيمن ورد اليه في داره أو في مسجده صح ، ولم يجز

(٢٧) انظر : مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ، ج٤ ، ص ٣٧٩ ، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه ص ١٢٥ ، غمز عيون البصائر على الاشباه والنظائر ، ج١ ، ص ٣٨٣ ، الوجيز في فقه مذهب الامام الشافعي لأبي حامد الغزالي ، ص ١٤٣ ، المهذب ، ج ٢ ، ص ٣٠٨ ، الفروق للقرافى ص ٤٠ ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، ص ٣٤٧ ، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ، ج٦ ، ص٤٦١ ، قليوبي وعميرة ، ج٤ ، ص ١٩٨ ، منار السبيل ، ج٢ ، ص ٤٥٥ ، الاحكام السلطانية لأبي حسن الماوردي ص ٦٩ ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ص ١٦، شرح منتهى الارادات ج٣ ، ص ٤٦٠ ، شرح منح الجليل ج٤ ، ص ١٥١ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ، ص ١٢٤ ، الفتاوي الهندية ج٣ ، ص ٣١٥ ، المرتضى لاحكام القضاء ، مخطوط ، ص ١٠ ، التاج والاكليل ، ج٦ ، ص ١١٠ ، الاحكام السلطانية لابي يعلى ص ٤٩ ، مجموعة فتاوي تقي الدين ابن تيمية ، ج٥ ، ص ١٩٩ ، الفتاوي البزازية ج٢ ، ص ١٣٥ ، العقد المنظم للحكام لابن سلمون ج٢ ، ص١٩٨ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٦ ، ص ٢٥٨ ، فتاوي قاضيخان ، ج٢ ، ص ٣٦٣ ، كشاف القناع عن متن الاقناع ج٦ ، ص ٢٨٨ ، أدب القضاء لابن مالك ، مخطوط بدار الكتب المصرية ص ١٨ وأيضا كتاب أدب القضاء تحقيق الاستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي – نشر دار الفكر بدمشق الطبعة الثانية – سنة ١٤٠٢ هـ –١٩٨٢م بند ٣٣ ، ص ١٠٠ و ص ١٠١ ، شرح الخرشي ج ٨ ، ص ١٤٤ ، المغنى لابن قدامة ج ٩ ، ص ١٠٥ .

أن يحكم في غير داره ولا في غير مسجده ، لأنه جعل ولايته مقصورة على من ورد الى داره أو مسجده وهم لا يتعينون الا بالورود اليهما فلذلك صار حكمه فيهما – أى في الدار أو المسجد – شرطـــا » (٢٨) .

والتخصيص بالمكان ليس فقط أمرا جائزا ، بل ان بعض الفقهاء جعل تحديد النطاق الجغرافي الذي يختص به القاضي أحد شروط صحة توليته ، فقال صاحب كشاف القناع « ومن شرط صحتها – أى ولاية القضاء – ما يوليه الحكم فيه من الأعمال كمصر ونواحيها والبلدان كالمحلة ونحوها ، ليعلم محل ولايته فيحكم فيه ولا يحكم في غيره ، ولأنه عقد ولاية يشترط فيه الايجاب والقبول فلا بد من معرفة المعقود عليه » ، وقال القاضي أبو يعلى : « الرابع – أى الشرط الرابع لصحة ولاية القضاء – ذكر البلاد التي انعقدت الولاية عليها ، فان عقدت مع الجهل لم يصح " (٢٩) ، وقال صاحب تبصرة الحكام : "قال ابن الأمين ولا تتم الولاية الا بثلاثة شروط ....الثالث ذكر البلد الذي عقدت عليه الولاية ليتميز عن غيره " (٣٠) .

وأثر هذا التخصيص المكانى هو أن تقتصر ولاية القاضى على سكان المنطقة الجغرافية التي حددت له ، المقيمين فيها والطارئين عليها ، أو المقيمين فيها دون الطارئين عليها ، وذلك حسب قرار ولى الأمر أو نائبه عند تقليده القاضى أو بعد ذلك ، قال الماوردى : « ويجوز أن يكون القاضى عام النظر خاص العمل فيقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد أو في محلة منه فينفذ جميع

---

(٢٨) انظر : الأحكام السلطانية للماوردي ، طبعة سنة ١٢٩٨ هـ ص٦٩.

(٢٩) انظر : الأحكام السلطانية لأبي يعلى – الطبعة الأولى – مطبعة مصطفى البابي بمصر ، سنة ١٣٥٦ هـ ، ص ٤٩ .

(٣٠) انظر : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، الطبعة الأولى سنة ١٣٠١ هـ ، ص ١٦ .

أحكامه في الجانب الذي قلده والمحلة التي عينت له ، وينظر فيه بين ساكنيه وبين الطارئين اليه لأن الطارىء اليه كالساكن فيـــه ، الا أن يقتصر به على النظر بين ساكنيه دون النظر للغريبين والطارئين اليه فلا يتعداهم " (٣١) ، وقال ابن قدامة في المغنى " ويجوز أن يولى قاضيا عموم النظر في خصوص العمل فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى اليه من غير سكانـــه " (٣٢) ، وقال البهوتى في كشاف القناع : " ويجوز أن يوليه النظر في بلد خاص أو محلة خاصة فينفذ قضاؤه في أهله ومن طرأ اليه لأن الطارىء اليه يعطى حكم أهله بدليل أن الدماء الواجبة لأهل مكة يجوز تفريقها في الطارىء اليها كأهلها " (٣٣) .

ونتيجة لذلك لا تكون للقاضى ولاية القضاء فى أى جهة أخرى غير الجهة محل اختصاصه ، فاذا حكم في غير محل ولايته أو سمع بينة فلا يعتد بذلك لانعدام ولايته ، فقد جاء في الاقناع « ولا يقبل قول متول في غير محل ولايتـه » .

اذ أن القاضى في غير محل ولايته لا يعتبر قاضيا بل هو كعامة الناس ، وفي ذلك يقول الشيخ أحمد الصاوى في مؤلفه « بلغة السالك" « لو كانت امرأة باسكندرية لا ولى لها الا القاضى فلا يزوجها قاضى رشيد وانما يزوجها قاضى اسكندرية وان كان قاضى رشيد نازلا باسكندرية بل هو – أى قاضى رشيد – كعامة المسلمين " (٣٤) .

---

(٣١) انظر : الأحكام السلطانية – لأبي الحسن الماوردي – طبعة سنة ١٢٩٨هـ ، ص ٧٠ .

(٣٢) انظر : المغنى لابن قدامة – الطبعة الثالثة – لدار المنار ، سنة ١٣٦٧هـ ، ج٩، ص ١٠٥ .

(٣٣) انظر : كشاف القناع عن متن الاقناع ، طبعة الرياض ج٦ ، ص ٢٩١ .

(٣٤) انظر : بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ، مطبعة البابي ، الطبعة الأخيرة ، سنة ١٣٧٢هـ ، ج٢ ، ص ٢٤٧ .

ولا خلاف في الفقه الاسلامي على أن لولى الأمر أن يعين قاضيا عام النظر - أى له حق النظر في جميع المنازعات في الدولة ككل - أو أن يعين قاضيا عام النظر في مدينة معينة أو في جزء معين منها ، ولكن الخلاف هو في حالة تعيين أكثر من قاض واحد في مكان واحد ويكون كل منهم عام النظر ، فما مدى جواز ذلك ؟

قال بعض الفقهاء انه اذا اشترط ولى الأمر اتفاقهما في كل حكم فذلك لا يجوز فأوضح الفقيه أبو زكريا النووى ذلك قائلا « ولو نصب قاضيين في بلد وخص كلا بمكان أو زمان أو نوع جاز ، وكذا ان لم يخص في الأصح الا أن يشترط اجتماعهما على الحكم " (٣٥) ، وقال الفقيه أبو حامد الغزالى « وان شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز " (٣٦) ، وعلة عدم الجواز في حالة اشتراط ولى الأمر اتفاقهما في كل حكم هي احتمال وقوع الخلاف بينهما في محل الاجتهاد(٣٧) وقال صاحب الاقناع تعليقا على هذه العلة «أنه يؤخذ من التعليل أن عدم الجواز محله في غير المسائل المتفق عليها » ، وبمفهوم المخالفة فانه يجوز وفقا لهذا الرأى نصب قاضيين في محل واحد في المسائل المتفق عليها اذ لا يخشى اختلافهما في هذه الحالة .

وقال البعض الآخر انه لا يجوز ذلك مطلقا (٣٨) ، اذ أنهما قد يختلفان في

---

(٣٥) انظر : منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه - لأبي زكريا النووى، المطبعة الميمنية بمصر ، سنة ١٣٠٨ هـ ، ص ١٢٥ .

(٣٦) انظر : الوجيز في فقه الامام الشافعي ، طبعة سنة ١٣١٨هـ ، ج٢ ، ص ١٤٣ .

(٣٧) انظر : مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج ، مطبعة مصطفى محمد بمصر ج٤ ، ص ٣٧٩ .

(٣٨) ، (٣٩) انظر اشارة لهذين الرأيين : المهذب للشيرازي ، مطبعة مصر سنة ١٣٣٣هـ ، ج٢ ،ص ٣٠٨ ، المغنى لابن قدامة ، الطبعة الثالثة لدار المنار بمصر ، سنة ١٩٦٧ ج٩، ص ١٠٥ ، الأحكام السلطانية للماوردي ، مطبعة الوطن بمصر ، سنة ١٢٩٨هـ ، ص ٧٠.

الحكم ، فيرى أحدهما ما لا يراه الآخر ، فتقف الحكومة ولا تنقطع الخصومة ، كما أن ذلك يؤدى الى التشاجر في تجاذب الخصوم اليهما .

وقال رأى ثالث في الفقه بجواز ذلك (٣٩) ، وهم الأكثر ، لأن القاضيين نائبين عن ولى الأمر وهنا النيابة كالوكالة وما دامت الوكالة يجوز أن تكون لاثنين فكذلك النيابة ، ولأنه يجوز للقاضى أن يستخلف خليفتين في موضوع واحد فالامام أولى لأن توليته أقوى ، ولأن الغرض فصل الخصومات وايصال الحق الى مستحقه وهذا يحصل بذلك .

واننا نميل الى ترجيح هذا الاتجاه الثالث القائل بالجواز ، وذلك لضعف حجة القائلين بعدم الجواز ، اذ أن تعيين قاضيين لن يؤدى الى ايقاف الأحكام، فكل قاضى يحكم باجتهاده بين المتخاصمين اليه ، وليس للآخر الاعتراض عليه ولا نقض حكمه فيما خالف اجتهاده (٤٠) .

ولكن اذا كان يجوز للامام أن يعين أكثر من قاض عام النظر في منطقة معينة ، فمن من أطراف الخصومة الذين يقطنون جميعا في هذه المنطقة ، يكون له حق اختيار أحد هؤلاء القضاة للفصل في تلك الخصومة ؟

لقد أوضح فقهاء المسلمين أن الاختيار في هذه الحالة يكون للمدعى (٤١)، فله أن يرفع دعواه أمام أحد هؤلاء القضاة ، وقد أشار الى ذلك الفقيه أبو الحسن الماوردى فقال « ويكون القول عند تجاذب الخصوم قول الطالب دون

---

(٣٩) انظر الهامش (٣٨

(٤٠) انظر : المغنى لابن قدامة ، سابق الاشارة اليه ج ٩ ، ص ١٠٦ .

(٤١) راجع : القواعد في الفقه الاسلامي – للحافظ أبي الفرج الحنبلي ، طبعة ١٣٩١هـ ، ص ٣٩٢ ، الأحكام السلطانية لأبي الحسن الماوردي، طبعة مطبعة الوطن بمصر ، سنة ١٢٩٨هـ ، ص ٧٠، مغنى المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ج٤ ، ص ٣٨٠ ، كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٦ ، ص ٢٩٢ .

المطلوب»(٤٢)، كما أوضح ذلك الفقيه الحافظ أبو الفرج فقال « اذا ولى الامام قاضيين في بلد عملا واحدا وقلنا بصحة ذلك ، فاختلف الخصمان فيمن يحتكمان اليه فالقول قول المدعى » (٤٣) ، وقال الفقيه البهوتي في كشاف القناع « ويجوز أن يولى من له الولاية قاضيين فأكثر في بلد واحد ...... فان جعل اليهما - أي القاضيين - عملا واحدا جاز له ذلك .... فان تنازع خصمان في الحكم عند أحدهم قدم قول الطالب وهو المدعى على المدعى عليه » (٤٤) ، وقال صاحب مغنى المحتاج « وان تنازع الخصمان في اختيار القاضيين أجيب الطالب للحق دون المطلوب " (٤٥) .

واذا خصص الامام قاضيا معينا لبلدة معينة ، ولم يذكر نواحى تلك البلدة فهل تدخل هذه النواحى في ولاية هذا القاضى أم لا ؟ .

قال البعض : انه اذا جرى العرف على اعتبار نواحى هذه البلدة جزءا منها دخلت هذه النواحي في ولاية هذا القاضى ، وان جرى العرف على عدم اعتبارها كذلك لم تدخل في ولايته ، وقد أشار الى ذلك صاحب مغنى المحتاج فقال : " ولو قلده - أى الامام - بلدا وسكت عن نواحيها ، فان جرى العرف بافرادها عنها لم تدخل في ولايته ،وان جرى باضافتها دخلت "(٤٦) .

وقال البعض الآخر من فقهاء المسلمين : ان العبرة في ذلك بمنشورالسلطان ، فاذا ذكر السلطان البلدة ونواحيها دخلت هذه النواحي في ولاية القاضى ، وان

---

(٤٢) انظر : الاحكام السلطانية لأبي الحسن الماوردي ، المرجع السابق نفسه ص ٧٠ .

(٤٣) انظر : القواعد في الفقه الاسلامي ، للحافظ أبي الفرج ، المرجع السابق ص ٣٩٢ .

(٤٤) انظر : كشاف القناع عن متن الاقناع ، المرجع السابق نفسه ج٦ ، ص ٢٩٢ .

(٤٥) انظر مغنى المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، المرجع السالف الذكر ج٤ ، ص ٣٨٠ .

(٤٦) انظر مغنى المحتاج : طبع مطبعة مصطفى محمد بمصر ج ٤ ، ص ٣٨٠ .

لم تذكر هذه النواحى في منشور السلطان لا تدخل في ولاية هذا القاضى ، وتعبيرا عن ذلك قيل « اذا قلد السلطان رجلا قضاء بلدة ، لا يدخل فيها السواد والقرى ، ما لم يكتب في منشوره البلدة والسواد » (٤٧) .

وهناك رأى ثالث يقول : ان نواحى البلدة تدخل في ولاية قاضى تلك البلدة ، اذ أن " السلطان اذا قال جعلتك قاضيا ولم يذكر في أى بلدة ، لا يصير قاضيا في البلدة الذى هو فيها فقط ، والمختار أنه يعين قاضيا لجميع بلاد السلطان"(٤٨).

وهناك رأى رابع حديث يفرق في هذه المسألة بين حالتين (٤٩) :

« الأولى : أن يكون هناك قاض آخر مختص بالقرى والسواد التابعة لتلك البلدة، وفي هذه الحالة لا تدخل تلك القرى والسواد في اختصاص قاضى البلدة، وان كان بعض القرى والسواد لها قاضى أو قضاة فان أية قرية أو أى جزء من السواد له قاضى لا يدخل في اختصاص قاضى البلدة .

الثانية : ألا يكون هناك قاض لتلك القرى أو السواد ، ففي هذه الحالة تدخل في اختصاص قاضى البلدة ، ولو لم ينص على ذلك في منشوره ، ذلك أنها تتبع البلدة ، والبلدة أصل لها والتابع يتبع الأصل ، وبعبارة أخرى فالقرى والسواد

---

(٤٧) انظر : فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية ج٢ ، ص ٣٦٣ ، وانظر كذلك ذات المعنى : الفتاوي البرازية المسماة بالجامع الوجيز ، طبع مطبعة بولاق الأميرية ، الطبعة الثانية ، سنة ١٢١٠هـ ج٢ ، ص ١٣٥ .

(٤٨) انظر : الفتاوي الهندية المسماة بالفتاوي العالمكيرية ، طبع المطبعة الأميرية ببولاق مصر ، الطبعة الثانية ، سنة ١٣١٠هـ ، ج٢ ، ص ٣١٥.

(٤٩) الدكتور عبد الرحمن عبد العزيز القاسم ، مدى حق ولى الأمر في تنظيم القضاء وتقييده ، رسالة للدكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة سنة ١٩٧٣ ص ٥٢٦ .

فروع للبلدة ، والفرع يتبع الأصل ، واخراجها من اختصاص قاضى البلدة يعنى بقاءها بلا قاضى ويرجع الأهلون اليه ، وهذا لا يستساغ فهو غير مقبول » .

ولكننا لا نعتقد صحة هذا الرأى الأخير ، اذ أن هذه التفرقة غير سديدة ، فالحالة الثانية وفقا لهذا الرأى وهي حالة عدم وجود قاضى لتلك القرى أو السواد، هى حالة غير واقعية ، اذ من المعلوم ان القضاء في الاسلام فرض كفاية اذا أجمع أهل بلد على تركه أثموا ، كما أن واجب الامام أن ينصب قاضيا في كل اقليم ، لأن « الامام هو القائم بأمر الرعية المتكلم بمصلحتهم المسئول عنهم ، فيبعث القضاة الى الأمصار كفعل النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ، وللحاجة الى ذلك لئلا يتوقف الأمر على السفر الى الامام فتضيع الحقوق ، لما في السفر اليه من المشقة وكلفة النفقة" (٥٠)؛ فافتراض وجود قرية في دولة الاسلام بدون قاض أمر لا أساس له من الواقع ، اذ أنه بصورة تلقائية اذا خصص الامام قاضيا للبلدة دون القرى أو السواد التابعة لهذه البلدة ، فان هذه القرى والسواد ستدخل تلقائيا في اختصاص قاضى ذى ولاية عامة ، لا يتخصص بمكان محدد فتتبعه هذه القرى والسواد ، ودليل ذلك ما قاله صاحب « بلغة السالك لأقرب المسالك » : « واعلم أن محل ولاية قاضى القاهرة جميع البلاد التي لم يكن لها قاضى مستقل من السلطان فجميع البلاد التي تأخذ قضاتها النيابة منه يقال لها محل ولايته » (٥١) ، وأشار صاحب لسان الحكام الى أن « قضاة أمير المؤمنين اذا خرجوا مع أمير المؤمنين لهم أن يحكموا في أى بلدة نزل فيها الخليفة ، لأنهم ليسوا قضاة أرض انما هم قضاة خليفة » (٥٢) وهذا يدلنا على

---

(٥٠) انظر : كشاف القناع عن متن الاقناع ، للبهوتي ج٦ ، ص ٢٨٦ .

(٥١) انظر : بلغة السالك لأقرب المسالك – مطبعة البابي بمصر – الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٢هـ ، ج٢ ، ص ٣٤٧ .

(٥٢) انظر : لسان الحكام في معرفة الأحكام ، طبعة مطبعة جريدة البرهان، سنة ١٣٧٢هـ ، ص ٩ .

أنه من المستحيل أن توجد قرية في دولة الاسلام بدون قاض ، اذ في حالة عدم تخصيص قاض لتلك القرية فانها تندرج في ولاية قاض ذى ولاية عامة .

والرأى الراجح في اعتقادنا هو القائل بأن العبرة بمنشور السلطان ، فاذا ذكر منشور السلطان السواد والقرى التابعة للبلدة ، فتدخل هذه السواد والقرى في اختصاص قاضى البلدة ، وان لم تذكر هذه السواد والقرى في منشور السلطان فلا تدخل في اختصاص قاضى هذه البلدة وينبغي هنا على السلطان أن يعين قاضيا مستقلا لهذه القرى والسواد ، وألا تعتبر هذه القرى والسواد تلقائيا داخلة في اختصاص قاض ذى ولاية عامة لا يتخصص بمكان محدد ، فمنشور السلطان هو الذى يقضى على كل تنازع في التخصيص قد يثور ، فالسلطان مسئول عن هذه القرى والنواحى، ولا يملك ولى الأمر ترك قرية في بلاد المسلمين بدون أن يعرف أهلها القاضى المختص بفض خصوماتهم ، فالقضاء فرض ، قال تعالى : « **ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل** » (٥٣) ؛ فهذه الآية الكريمة نزلت في ولاة الأمور (٥٤) ، عليهم أن يؤدوا الأمانات الى أهلها ، واذا حكموا بين الناس أن يحكموا بالعدل ، وليس من العدل ، عدم معرفة بعض الرعية للقاضى المختص بمنازعاتهم وتلك مسئولية السلطان بلا جدال ، ولا ينبغى لنا الاستناد الى العرف في هذا المجال كما قال البعض ، اذ أن العرف قد يؤدى الى حدوث تنازع في التخصيص ، بعكس منشور السلطان الذى يمنع حدوث مثل هذا التنازع .

ويلاحظ أن هناك بعض المعايير لتخصيص القضاء بالمكان ، وهذه المعايير لها أهمية في فض التنازع حول معرفة القاضى المختص مكانيا بالخصومة وأهم هذه المعايير هي :

---

(٥٣) النساء : ٥٨ .

(٥٤) انظر : السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية لأبي العباس أحمد بن تيمية المتوفي سنة ٧٢٨هـ ، ص ١٥ .

أولا – معيار محل الاقامة :

اذا كان المدعى والمدعى عليه في موطن واحد فلا صعوبة في تحديد الاختصاص ، اذ أن قاضى موطنهما هو المختص بنظر الدعوى ، ولكن اذا كان للمدعى موطنا وللمدعى عليه موطنا آخرا ، وكان النزاع غير متعلق بعقار وخصص الامام لموطن المدعى قاضيا ولموطن المدعى عليه قاضيا آخرا ، فلمن من القاضيين يكون الاختصاص ؟ .

اختلفت آراء فقهاء المسلمين في هذا الشأن ، وقد أشار الى هذا الخلاف صاحب لسان الحكام فقال « واذا كان في المصر قاضيان ، كل واحد منهما في محلة على حدة ، فوقعت خصومة بين رجلين أحدهما في محلة والآخر في محلة أخرى ، والمدعى يريد أن يخاصمه الى قاضى محلته والآخر يأباه ؛ قال أبو يوسف رحمه الله : العبرة للمدعى وقال محمد : لا بل العبرة للمدعى عليه وعليه الفتوى " .

وجاء في فتاوى قاضيخان « ولو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما على محلة على حدة جاز ، فان وقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من محلة والآخر من محلة أخرى ؛ والمدعى يريد أن يخاصمه الى قاضى محلته والآخر يأبى ، اختلف فيها أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ؛ والصحيح : أن العبرة بمكان المدعى عليه ، وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلدة فأراد العسكرى أن يخاصمه الى قاضى العسكر فهو على هذا الخلاف " (٥٥) .

ويمكننا حصر هذا الخلاف في رأيين :

الرأى الأول – الاختصاص لقاضى المدعى عليه (٥٦) :

وهذا الرأى قال به الامام محمد من الحنفية ، وابن القاسم من المالكية ، في الرواية التي رواها ابن حبيب عن مطرف ، وأساس ذلك وفقا لهذا الرأى هو أن

---

(٥٥) انظر : فتاوي قاضيخان ، بهامش الفتاوي الهندية ج ٢ ، ص ٣٦٣ .

(٥٦) راجع : الفتاوي الحامدية ج ١ ، ص ٣٠١ ، منحة الخالق على البحر الرائق بهامش البحر

الأصل براءة ذمة المدعى عليه ؛ فالعدالة تأبى تكليفه مشقة الانتقال قبل ثبوت شغل ذمته أو عدوانه ، كما أن المدعى هو المهاجم فلا يعقل أن يستدعى المدعى عليه الى موطنه هو لكى يقاضيه .

الرأى الثاني - الاختصاص لقاضى المدعى (٥٧) :

جاء في الشرح الكبير للفقيه أحمد الدردير « وجاز تعدد مستقل - أى جاز للامام نصب قاضى متعدد يستقل كل واحد بناحية يحكم فيها بجميع أحكام الفقه ، بحيث لا يتوقف حكم واحد منهم على حكم الآخر ، كقاضى رشيد وقاضى المحلة وقاضى قليوب ٠٠٠٠٠ واذا تنازع الخصمان فأراد أحدهما الرفع لقاضى

= الرائق ج ٧ ، ص ٢١١ ، ٢١٢ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ ، ص ٢١١ ، الفتاوي البزازية ج ١ ، ص ٤٢٨ ، مجمع الأنهر ج ٢ ، ص ١٥١ ، جامع الفتاوي مخطوط بمكتبة الأزهر برقم ١٩٢٣ / ٢٦٧٦٢ فقه حنفي رافعي صحيفة رقم ١٤٢ ، درر المنتقى شرح الملتقى ج٢ ، ص ٢٥٠ ، خزانة المفتين مخطوط بمكتبة الأزهر ، برقم ١٩٤٨ /٢٦٧٨٧ فقه حنفي رافعي ج٣ ، صحيفة رقم٧١ ، العقد المنظم للحكام لابن سلمون ج ٢ ، ص ١٩٨ ، التاج والاكليل ج ٦ ، ص ١٤٦ ، تبصرة الحكام ج ١ ص ٦٦ ، الفتاوي المهدية ج ٤ ، ص ٣٢٠ ، فتاوي التمرتاشي مخطوط بمكتبة الأزهر برقم ٢٠٠٤ / ٢٦٨٤٣ فقه حنفي رافعي صحيفة رقم ٦٣ ، الدكتور حامد عبد الرحمن ، الرسالة السابق الاشارة ، ص ٦٢ - ٦٤ ، الدكتور محمد سلام مدكور ، القضاء في الاسلام ص ٥٣ .٥٤ ، الدكتور عبد الرحمن عبد العزيز القاسم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٥٣٢ ، ٥٣٣ .

(٥٧) راجع : مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ج ٦ ، ص ٤٦٤ ، شرح منح الجليل ج٤ ، ص ١٥٢ ، مجمع الأنهر ج٢ ، ص ١٥١ ، شرح المنتهى ج٤ ، ص ٢٦١ ، الدكتور حامد عبد الرحمن ، الرسالة السابقة ، ص ٦٣ الدكتور عبد الرحمن القاسم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٥٣٣ ، البحر الرائق ج ٧ ص ٢١١ ، منحه الخالق على البحر الرائق ج ٧ ص ٤١١ ، كشاف القناع ج ٤ ص ١٧٢ .

وأراد الآخر الرفع لقاضى آخر ، كان القول للطالب وهو صاحب الحق دون المطلوب » (٥٨) .

وقال باختصاص قاضى المدعى أيضا بعض المالكية والامام أبو يوسف وبعض من الشافعية والحنابلة ، ودليلهم في ذلك أن الدعوى ان هي الاحق للمدعى فهو يقدمها لمن يشاء ، كما أن المدعى هو منشىء للخصومة فيعتبر قاضيه .

والرأى الراجح في نظرنا هو الرأى الأول القائل بأن الاختصاص لقاضى المدعى عليه ، أى للقاضى الذى يقع في دائرته موطن المدعى عليه ؛ اذ الأصل أن ذمة المدعى عليه بريئة الى أن يثبت العكس ، فليس من العدل اجباره على الانتقال الى موطن المدعى ليدافع عن نفسه في خصومة قد تكون غير صحيحة ، بل يجب على المدعى أن يتحمل مشقة الانتقال الى القاضى الكائن بدائرته موطن المدعى عليه .

* * *

ثانيا – معيار المسافة :

والمسافة المقصودة هنا هي التي بين المتقاضى ومقر القاضى ، ولا ريب في أن هذا المعيار ان دل على شيء انما يدل على بساطة التداعى أمام القضاء، وعلى سهولة وبساطة الأسلوب المتبع لتحديد الاختصاص عند التنازع .

وقد أشار الفقيه البهوتي الى معيار المسافة قائلا « ويجوز أن يولى من له الولاية قاضيين فأكثر في بلد واحد يجعل لكل واحد منهما عملا ...... فان جعل اليهما أى القاضيين عملا واحدا جاز ...... فان تنازع خصمان في الحكم عند أحدهم قدم قول الطالب وهو المدعى على المدعى عليه ..... فلو

---

(٥٨) انظر : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ، طبعة المطبعة الأزهرية المصرية سنة ١٣٠٩هـ ، ج ٤ ، ص ١٢٤ .

تساويا – أى الخصمان – في الدعوى كالمدعيين اختلفا في ثمن مبيع باق اعتبر أقرب الحاكمين اليهما لأنه لا حاجة الى التكلف للأبعد منهما » (٥٩) .

كما ذكر هذا المعيار صاحب مغنى المحتاج فقال « وان تنازع الخصمان في اختيار القاضيين أجيب الطالب للحق دون المطلوب كما جزم به الروياني ، فان تساويا بأن كان كل منهما طالبا ومطلوبا كتحاكمهما في قسمة ملك أو أختلفا في قدر ثمن مبيع أو صداق اختلافا يوجب تخالفهما تحاكما عند أقرب القاضيين اليهما » (٦٠) .

وقال الفقيه أبو الحسن الماوردى « ويكون القول عند تجاذب الخصوم قول الطالب دون المطلوب فان تساويا اعتبر أقرب الحاكمين اليهما » (٦١) .

وذكر الفقيه الحافظ أبو الفرج في مؤلفه « القواعد في الفقه » هذا المعيار فقال « اذا ولى الامام قاضيين في بلد عملا واحدا وقلنا بصحة ذلك فاختلف الخصمان فيمن يحتكمان اليه فالقول قول المدعى ، فان تساويا في الدعوى اعتبر أقرب الحاكمين اليهما » (٦٢) .

وبذا يتضح لنا أنه في حالة كون كل من الخصمين طالبا للحق أى مدعيا ؛ ووجد في البلد الواحد قاضيان ، فان القاضى المختص وفقا لمعيار المسافة هو القاضى الذى يكون مقره أقرب للخصمين من الآخر .

---

(٥٩) انظر : كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتي ، طبعة الرياض ج ٦ ،ص ٢٩٢ .

(٦٠) انظر : مغنى المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، مطبعة مصطفى محمد بمصر ج ٤ ، ص ٣٨٠ .

(٦١) انظر الأحكام السلطانية للماوردي – مطبعة الوطن بمصر – سنة ١٢٩٨هـ ، ص ٧٠ .

(٦٢) انظر : القواعد في الفقه الاسلامي ، للحافظ أبي الفرج الحنبلي المتوفي سنة ٧٩٥هـ ، طبعة سنة ١٣٩١هـ ، ص ٣٩٢ .

ثالثا – معيار الأسبقية :

ويقصد بالأسبقية رفع الدعوى أمام القضاء ، وقد أشار الى هذا صاحب الشرح الكبير فقال « واذا تنازع الخصمان فأراد أحدهما الرفع لقاضى وأراد الآخر الرفع لقاضى آخر كان القول للطالب وهو صاحب الحق دون المطلوب ثم اذا لم يكن طالب مع مطلوب بأن كان كل يطالب صاحبه رفع الى من – أى قاضى – سبق رسوله لطلب الاتيان عنده » (٦٣) .

وأوضح الفقيه الخرشى كيفية فض تنازع التخصيص فقال « والقول للطالب – أى طالب الحق – ثم من سبق رسوله » .

والغالب أن يكون الأسبق في رفع الدعوى هو المدعى ، وبذا تكون أسبقية رفع الدعوى هى الفيصل في فض تنازع التخصيص ، فمن سبق في رفع دعواه يكن قاضيه هو المختص دون الآخر ، وذلك في حالة رفع كل خصم دعوى مستقلة أمام قاضيه .

* * *

رابعا – معيار القرعة :

ومعناه الاقتراع بين الخصمين لتحديد قاضى ينظر دعواهما ، وهذا المعيار يدلنا بلا شك على بساطة الأسلوب المتبع في فض تنازع التخصيـــص .

وقد ذكر هذا المعيار صاحب كشاف القناع فقال « فلو تساويا – أى الخصمان – في الدعوى كالمدعيين اختلفا في ثمن مبيع باق اعتبر أقرب الحاكمين اليهما لأن لا حاجة الى التكلف للأبعد منهما ، فان استويا – أى الحاكمان – في القرب أقرع بينهما – أى بين الخصمين – اذا طلب كل واحد منهما قاضيا لعدم

---

(٦٣) انظر : الشرح الكبير – بهامش حاشية الدسوقي – طبعة المطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٩هـ ، ج ٤ ، ص ١٢٤ .

الترجيح بدون القرعة " (٦٤) ، وجاء في مغنى المحتاج « فان تساويا بأن كان كل منهما طالبا ومطلوبا كتحاكمهما في قسمة ملك أو اختلفا في قدر ثمن مبيع أو صداق اختلافا يوجب تخالفهما ؛ تحاكما عند أقرب القاضيين اليهما ، فان استويا اليهما عمل بالقرعـــــــــة " (٦٥) .

وقال القاضى أبو الحسن الماوردى « ويكون القول عند تجاذب الخصوم قول الطالب دون المطلوب فان تساويا اعتبر أقرب الحاكمين اليهما ، فان استويا فقد قيل يقرع بينهما " (٦٦) . قال الفقيه الخرشى « والقول للطالب ثم من سبق رسوله والا أقـرع " (٦٧) ، وأشار قاضى القضاة شهاب الدين بن مالك؛ الى هذا المعيار قائلا « اذا ولى القضاء اثنان في بلد على الشيوع في جميع البلد ، فاستحضر الخصمان رجلا ، قال الشيخ أبو علي : من سبق منهما وجب عليه الحضور اليه وان حاكما معا أقرع بينهما » (٦٨) .

وقال الشيخ أحمد الدردير المالكي في الشرح الكبير « ثم اذا لم يكن طالب مع مطلوب بأن كان كل يطالب صاحبه ، رفع الى من – أى قاضى – سبق رسوله لطلب الاتيان عنده ؛ وألا يسبق رسول قاضى بل استويا في المجيء مع دعوى

---

(٦٤) انظر : كشاف القناع عن متن الأقناع ، لفقيه الحنابلة البهوتي ج ٦ ، ص ٢٩٢ .

(٦٥) انظر : مغنى المحتاج الى المعرفة معاني ألفاظ المنهاج ، مطبعة مصطفى محمد ج ٤ ، ص ٣٨٠ .

(٦٦) انظر : الأحكام السلطانية لأبي الحسن الماوردي – مطبعة الوطن بمصر – سنة ١٢٩٨هـ ،ص ٧٠ .

(٦٧) انظر : شرح الخرشى ، المطبعة الأميرية ببولاق مصر ، طبعة ثانية سنة ١٣١٧هـ ، ج ٨ ، ص ١٤٥ .

(٦٨) انظر : أدب القضاء – لابن مالك – مخطوط بدار الكتب المصرية ، سنة ٨٤٦هـ ، الورقة رقم١٨ .

كل أنه الطالب ؛ أقرع للقاضى الذى يذهبان اليه فمن خرج سهمه للذهاب له ذهبا له » (٦٩) .

ويتضح لنا من الأقوال السابقة أن هناك حالتين يستخدم فيهما معيار القرعة لفض تنازع التخصيص :

الحالة الأولى : اذا ثبت عدم جدوى معيار المسافة لتحديد القاضى المختص بنظر النزاع ، نظرا لكون المسافة بين القاضيين والخصمين واحدة ولا يوجد قاضى أقرب لخصم من الآخر ، بل اتحد القاضيان في القرب ، فهنا لفض تنازع التخصيص ينبغي الاقراع بين الخصمين لتحديد القاضى المختص .

الحالة الثانية : اذا ما ثبت عدم جدوى معيار الأسبقية ، بأن تساوى كل من الخصمين في الأسبقية ، بأن قدما الدعوى في آن واحد ، وان كان ذلك نادرا من وجهة نظرنا فانه ينبغي في هذه الحالة اجراء قرعة بينهما لتحديد القاضى المختص .

ففي هاتين الحالتين ينبغي الاقراع لتحديد القاضى المختص بنظر الدعـوى ؛ ورغم جواز استخدام هذا المعيار في هاتين الحالتين من الناحية الفقهية ، فاننا لا نحبذ الأخذ بهذا المعيار من الناحية العملية ، اذ لا ينبغي أن يترك أمر تحديد اختصاص القاضى لارادة الخصوم لدرجة أن يقترعوا على تحديده .

* * *

خامسا – معيار موقع العقار :

لقد ذكر فقهاء المسلمين هذا المعيار لتحديد القاضى المختص بالدعاوى المنصبة

---

(٦٩) انظر : الشرح الكبير – بهامش حاشية الدسوقي – المطبعة الأزهرية المصرية ج ٤ ، ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

على عقار ، فقرروا أن الاختصاص بهذه الدعاوى ينعقد للقاضي الذي يقع العقار بدائرته (٧٠) .

وقد أشار الفقيه برهان الدين أبو الوفاء بين فرحون الى هذا المعيار قائلا « وفي مختصر الواضحة (٧١) في الرجل من أهل المدينة يكون له دار بمكة فيدعيها رجل من أهل مكة ، قال ابن الماجشون : انما تكون خصومتهما حيث الدار ، والشيء المدعى فيه فثم يسمع من بينة المدعى وحجته ويضرب لصاحب الدار أمدا حتى يأتي فيدفع عن نفسه أو يوكل له وكيلا يقوم عنه في الخصومة » (٧٢) .

وبناء على ذلك فان الدعاوى المنصبة على العقارات ، لا يختص بها قاضي المدعى أو قاضي المدعى عليه بل تكون من اختصاص القاضي الذي يقع العقار بدائرته ، ولا يؤخذ هنا بالمعايير السابق ذكرها سواء معيار المسافة أو القرعة أو الأسبقية بل العبرة بموقع العقار .

بيد أن هناك رأيا آخرا في الفقه الاسلامي يقول : ان الاختصاص هنا يكون لقاضي محل اقامة المدعى عليه ولا عبرة بموقع العقار ؛ وقد أشار الى هذا الرأى صاحب تبصرة الحكام فقال « وخالف طرف وأصبغ قول ابن الماجشون في ذلك ،

---

(٧٠) راجع : العقد المنظم للحكام لابن سلمون ج ٢ ، ص ١٩٨ ، غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر ج ١ ، ص ٣٨٣ ، التاج والاكليل ج ٦ ، ص ١٤٦ ، القضاء في الاسلام للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ٥٤ ، نظرية عدم سماع الدعوى ، للدكتور حامد عبد الرحمن ، الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٦٥ .

(٧١) المقصود « بالواضحة » أحد كتب الفقه المالكي ، انظر : تبصرة الحكام ، الطبعة الأولى ، المطبعة العامرة الشرفية بمصر ، سنة ١٣٠١هـ ص ٦٧ ، وانظر أيضا : الدكتور عبد الرحمن القاسم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٥٣٧ .

(٧٢) تبصرة الحكام : ص ٦٧ .

وقال انما تكون الخصومة حيث يكون المدعى عليه ولا يلتفت الى موضع المدعى ، ولا موضع المدعى فيه » (٧٣) .

كما أن هناك رأيا ثالثا يعطى الخيار في هذه المسألة للمدعى ، فله أن يرفع الدعوى الى قاضى موقع العقار أو الى قاضى محل اقامته ، وقد أوضح ذلك صاحب تبصرة الحكام فقال « غير أن من حق المدعى ان شاء بدأ بقاضيه - يعنى بقاضى مكة - فرفع اليه أمره - أى لقاضى مكة - وأثبت عنده بينته ، ثم كتب قاضى مكة بذلك الى قاضى المدينة وخرج بنفسه ، وان شاء أن يوكل أثبت وكالة وكيله عند قاضى مكة ثم خرج الوكيل بالكتاب ، فاذا قدم المدعى أو وكيله استعدى على المدعى عليه عند قاضى المدينة وأخرج كتاب قاضى مكة فاذا ثبت الكتاب عند قاضى المدينة لزمه قبول ما فيه وقرأه على المدعى عليه وسأله المخرج من ذلك ان كان له مخرج ، والا أنفذ الحكم عليه ، ان تبين له انفاذه ؛ أما لو كان المدعى أو وكيله لم يأت بكتاب من عند قاضى مكة وانما قدم على المدعى عليه فاستعدى عليه قاضى المدينة ، فينبغي لقاضى المدينة ، اذا اعلمه المدعى أن بينته بمكة حيث الدار أن يكتب له الى قاضى مكة أن يسمع من بينته ثم يكتب بذلك اليه ويؤجل له قدر المسافة » (٧٤) .

ولكننا نرجح الرأى الأول القائل بأن الاختصاص لقاضى موقع العقار ، نظرا لوضوح معيار الموقع وعدالته ، فلا ريب أنه يعتبر معيارا عادلا لا يثير تنازعا في التخصيص الا نادرا ، وعدالة هذا المعيار تظهر في ان الآخذ به لا يؤدى الى اطالة أمد النزاع ، كما أن قاضي موقع العقار أقدر من غيره على الفصل في الدعوى ، فاذا ما احتاج الى معاينة للعقار أو شهود سهل عليه ذلك .

---

(٧٣) ، (٧٤) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ، ص ٦٧ .

المبحث الثاني

تخصيص القضاء بالزمان

يجوز تخصيص القضاء بزمن معين (٧٥) ، ومعنى تخصيص القضاء بالزمان أن تحدد مدة معينة من الزمان لولاية القاضى ، فتكون له ولاية القضاء خلالها أما قبل هذه المدة أو بعدها فلا تكون له ولاية القضاء ويكون غير مختص بالقضاء نتيجة لانعدام ولايته .

ولم يحدد لنا فقهاء المسلمين حدا أدنى أو أقصى لمدة ولاية القضاء ، فقد تكون هذه المدة يوما واحدا أو أسبوعا معينا أو شهرا أو عاما أو أكثر من ذلك ، فنجد غالبية فقهاء المسلمين يذكرون جواز تخصيص القضاء بالزمان ولا يضربوا لنا أمثلة للمدة المحددة لولاية القضاء .

فقال الفقيه أبو زكريا النووى الشافعى في كتابه منهاج الطالبين « ولو نصب قاضيين في بلد وخص كلا بمكان أو زمان ٠٠٠٠جاز » (٧٦) ، وقال الشيخ علاء الدين الحصكفى « القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ٠٠٠٠٠٠»

---

(٧٥) انظر : أنفع الوسائل للطرسوسي ص ٣٢٠ ، الفتاوي الأنقروية ج ١ ، ص ٣٣٤ ، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ، ص ٥٤ ، الفتاوي البزازية ج ٢ ص ١٣٥ ، غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر ج ١ ، ص ٣٨٣ ، الفتاوي العمادية مخطوط بمكتبة الأزهر تحت رقم ٢٠٤٥ / ٢٦٨٨٤ فقه حنفي رافعي صحيفة رقم ٩ ، مغنى المحتاج ج ٤ ، ص ٣٧٩ ، القضاء في الاسلام ، للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ٥٣ ، الدكتور حامد عبد الرحمن ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٦٦ ، الدكتور عبد الرحمن القاسم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٥٤١ وما بعدها .

(٧٦) انظر : منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه ، طبعة المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٨هـ ، ص ١٢٥ .

(٧٧)وقال صاحب المرتضى في أحكام القضاء « اذا جعل السلطان قاضيا مدة كذا ينعزل بمضى المدة » (٧٨) .

ومن الفقهاء من ذكر أمثلة لهذه المدة فقال صاحب معين الحكام « يجوز تأقيت القضاء بزمان ، بأن قال : أنت قاضى هذه البلدة هذا الشهر أو هذا اليوم ويعين قاضيا بقدره » (٧٩) ، وجاء في فتاوى قاضيخان أنه « اذا قلد الامام رجلا القضاء يوما أو مجلسا جاز ويتوقف بالمكان والزمان » (٨٠) ؛ وجاء في الفتاوى الهندية « اذا قلد السلطان رجلا قضاء يوم يجوز ويتأقــت » (٨١) ، وبذا يتضح لنا أنه لا حد أدنى أو أقصى لمدة التخصيص فمن الممكن أن تكون يوما أو أعواما .

ومن الفقهاء من أجاز تخصيص القضاء بالزمان وعلل ذلك بأنه ينبغي على القاضى أن لا ينسى العلم حتى لا يقضى بين الناس على جهل ؛ ولذلك ينبغي أن تكون ولايته مدة معينة ، يعود بعدها للعلم يدرسه ثم يجدد السلطان مدة ولايته مرة أخرى ، وقد أشار الى ذلك صاحب لسان الحكام فقال « قال أبو حنيفة – رحمه الله – لا يترك القاضى على القضاء الا سنة واحدة لأنه متى اشتغل بذلك نسى العلم فيقع الخلل في الحكم ، فيجوز للسلطان أن يعزل القاضى بريبة أو

---

(٧٧) انظر : شرح الدر المختار ، طبعة مطبعة الواعظ بالجماميز بمصر ج ٢ ، ص ٣٢٧ .

(٧٨) انظر : المرتضى في أحكام القضاء ، مخطوط ، سنة ١٠١٠هـ ، بدار الكتب المصرية ، برقم ١٤١٥ فقه حنفى الورقة رقم ١٠ .

(٧٩) انظر : معين الحكام ، طبعة المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٠هـ ص ١٤ .

(٨٠) انظر : فتاوي قاضيخان ، بهامش الفتاوى الهندية ج ٢ ، ص ٣٦٣ .

(٨١) انظر : الفتاوى الهندية ج ٣ ، ص ٣١٥ .

بغير ريبة ، ويقول السلطان للقاضى ما عزلتك لفساد فيك ، ولكن أخشى عليك أن تنسى العلم ، فادرس العلم ثم عد الينا حتى نقلدك ثانيا » (٨٢) .

وأثر تخصيص القضاء بالزمان ، هو أن تقتصر ولاية القاضى على المدة التي حددها له ولى الأمر ؛ فتبدأ ولاية القاضى ببدء هذه المدة وتزول الولاية بانتهاء المدة ، فلا يجوز له القضاء قبلها أو بعدها .

ولا ريب في أهمية هذا التخصيص ، فبالاضافة الى اعطاء فرصة للقاضى ليدرس العلم كما قال الامام أبو حنيفة رحمه الله ، فان هناك ضرورات عملية كثيرة قد تدعو الى مثل هذا التخصيص .

وينبغي ملاحظة أن هناك فارقا بين تخصيص القضاء بالزمان وفقا للمفهوم السابق ايضاحه ، وبين تنظيم عمل القاضى بأزمنة معينة ، اذ لا يؤثر هذا التنظيم على ولاية القاضى ، وان كان يجب على القاضى أن يلتزم بهذا التنظيم اذا ورد في عقد توليته .

ومن أمثلة هذا التنظيم أن يقيد الامام القاضى بالنظر في خصومات معينة في أيام محددة ، فيجعل لكل نوع من الخصومات يوما محددا أو عدة أيام ، كأن يجعل أياما محددة ليفصل القاضى فيها قضايا أهل الذمة وأياما لنظر قضايا غيرهم ، أو أن يخصص أياما محددة كيوم الاثنين ويوم الثلاثاء للنساء وباقي أيام الأسبوع للرجال (٨٣) .

كذلك لو حدد الامام يوما معينا للقاضى ليقضى فيه فقط ، فهذا أمر جائز؛ ولكنه يعتبر نوعا من التنظيم وليس تخصيصا ، اذ أن ولاية القاضى لا تزول

---

(٨٢) انظر : لسان الحكام في معرفة الأحكام لأبي الوليد المتوفى سنة ٨٨٢هـ ، طبعة مطبعة جريدة البرهان ، سنة ١٢٩٩هـ ، ص ٤ .

(٨٣) انظر : تبصرة الحكام ج ١ ، ص ٣٦، ٣٧ .

بانتهاء هذا اليوم الذى سماه له الامام ، بل تبقى بحيث يكون للقاضى القضاء في مثل هذا اليوم الذى سماه له الامام من كل اسبوع ، وفي ذلك يقول الفقيه أبو الحسن الماوردى « ولو قال – أى قال الامام للقاضى عند توليته – قلدتك النظر في كل يوم سبت جاز أيضا وكان مقصور النظر فيه ، فاذا خرج يوم السبت لم تزل ولايته لبقائها على أمثاله من الأيام ، وان كان ممنوعا من النظر فيما عداه"(٨٤) .

المبحث الثالث

تخصيص القضاء بالخصومات

أجاز فقهاء المسلمين تخصيص القضاء بخصومات معينة (٨٥) ومعنى تخصيص القضاء بالخصومات أن للامام أن يخصص القاضى بالنظر في نوع معين من الخصومات كالخصومات المدنية أو التجارية أو خصومات الأحوال الشخصية وغيرها .

---

(٨٤) انظر الأحكام السلطانية للماوردي – طبعة مطبعة الوطن بمصر ، سنة ١٢٩٨هـ ، ص ٧٠ .

(٨٥) راجع : لسان الحكام في معرفة الأحكام ، طبعة سنة ١٢٩٩هـ ، ص ٩ ، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام ، طبعة سنة ١٣١٠هـ ، ص ١٢ ، رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ، ص ٤٧٥ ،أنفع الوسائل للطرسوسى ص ٣٢٠ ، متن المنهاج بهامش مغنى المحتاج ج ٤ ، ص ٣٧٩ ، التاج والاكليل ج ٦ ، ص ١١٠ ، الفتاوى البزازية ج ١ ، ص ٤١٦ ، الفتاوى الانقروية ج ١ ، ص ٣٣٤ ، جامع الفصولين ج ١ ، ص ١٤ ، مغنى المحتاج ج ٤ ، ص ١٣٤ ، الفتاوى الأسعدية ج ٢ ، ص ٨٣ ، قليوبي وعميرة ، ص ٢٩٨ ، الاحكام السلطانية للماوردي ص ٦٩ ، المغنى لابن قدامة ج ٩ ، ص ١٠٥ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٤ ، ص ١٢٤ ، شرح الدر المختار ج ٢ ، ص ٣٢٧ ، القضاء في الاسلام ، المرجع السابق ، للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ٥٤ ، ٥٥ ، مدى حق ولى الأمر في

وقد يكون هذا التخصيص وقت تولية الامام للقاضى أو بعد التولية ، وفي ذلك يقول الفقيه ابن قدامة « ويجوز أن يولى قاضيين وثلاثة في بلد واحد ويجعل لكل واحد عملا ، فيولى أحدهم عقود الأنكحة ، والآخر الحكم في المداينات ، وآخر للنظر في العقار » .

وذكر ذلك صاحب كشاف القناع فقال « ويجوز أن يولى من له الولاية قاضيين فأكثر في بلد واحد يجعل لكل واحد منهما عملا ، سواء أكان المولى الامام أو القاضى ولى خلفاءه ، مثل أن يجعل الى أحدهما الحكم بين الناس ويجعل الى الآخر عقود الأنكحة ، لأن الامام كامل الولاية فوجب أن يملك ذلك ، اذ لا ضرر فيه كتولية القاضى الواحد » (٨٦) .

وأشار الى ذلك الفقيه أبو اسحاق الشيرازى فقال « ويجوز أن يجعل – أى الامام – قضاء بلد الى اثنين أو أكثر على أن يحكم كل واحد منهم في موضع ؛ ويجوز أن يجعل الى أحدهما القضاء في حق والى الآخر في حق آخر » (٨٧) .

= تنظيم القضاء وتقييده – الرسالة السابقة ، للدكتور عبد الرحمن القاسم ، ص ٥٤٤ وما بعدها ، نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ، الرسالة السابقة ، للدكتور حامد عبد الرحمن ص ٥٦ وما بعدها ، تاريخ القضاء في الاسلام ، المرجع السابق ، للشيخ محمود بن محمد بن عرنوس ، ص ١١٥ ، سياسة الرسول صلى الله عليه وسلم في الجهاد ، الرسالة السابقة للأستاذ محمد بهرام القاضي ، الورقة رقم ١٤٨ ، تاريخ القضاء الاسلامي في الأندلس ، الرسالة السابقة ، للأستاذ أحمد عبد الموجود ، الورقة رقم ٦١ ، رسالة في قضاء الاسلام ، الرسالة السابقة للاستاذ علي سيد أحمد منصور الجحدمي رسالة مخطوطة مقدمة لجامعة الأزهر ، ١٩٣٤م ، الورقة رقم ١٣٦ ، السلطة القضائية وأطوارها ، الرسالة السابقة للاستاذ عبد الصمد عبد الحليم سالم ، الورقة رقم ١٠٢ ، السلطة القضائية في الاسلام ، الرسالة السابقة للدكتور شوكت عرسان عليان ، ص ٢٦٤ وما بعدهـــا .

(٨٦) انظر : كشاف القناع ج ٦ ، ص ٢٩٢ .

(٨٧) انظر : المهذب للشيرازى ج ٢ ، ص ٣٠٨ .

بل ان من فقهاء المسلمين من أجاز تخصيص القاضى بخصومة واحدة فقط ، وقد أشار الى ذلك الفقيه أبو الحسن الماوردى فقال « ويجوز ان تكون ولاية القاضى مقصورة على حكومة معينة بين خصمين ، فلا يجوز أن ينفذ النظر بينهما الى غيرهما من الخصوم ؛ وتكون ولايته على النظر بينهما باقية ما كان التشاجر بينهما باقيا ، فاذا بت الحكم بينهما زالت ولايته وان تجدد بينهما مشاجرة أخرى لم ينظر بينهما الا باذن مستجد » (٨٨) .

بل أكثر من ذلك فان للامام أن يخصص قاضيا لمرحلة معينة فقط من الخصومة الواحدة ، كأن يخصص قاضيا لسماع البينة فقط ، أو للتحقيق في الخصومة فقط دون الحكم ، ويعين قاضيا آخرا لباقي مراحل الخصومة سواء الحكم فيها أو التنفيذ (٨٩) .

وثمة معايير معينة لتخصيص القضاء بالخصومات ، فقد يكون هذا التخصيص على أساس نوع الخصومة ، أو على أساس قيمتها أو أشخاصها ، وسوف نوضح هذه المعايير تفصيلا الآن :

اولا – معيار نوع الخصومة :

وبمقتضى هذا المعيار يكون لولى الأمر أن يخصص القاضى لنوع معين من الخصومات ، فينظر القاضى في هذا النوع فقط ولا ولاية له فيما عداه ، كأن يسند الامام للقاضى النظر في المعاملات ، والآخر النظر في أمور الزواج وما

(٨٨) انظر : الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ٧٠ .

(٨٩) انظر : الدكتور عبد الرحمن القاسم ، مدى حق ولى الأمر في تنظيم القضاء وتقييده ، الرسالة السالفة الذكر ، ص ٥٤٧ .

يتعلق به من نكاح وطلاق ونفقة وحضانة الى غير ذلك مما يتعلق بنظام الأسرة ، ولثالث النظر في الجنايات وهكذا (٩٠) .

وقد أشار الفقيه الخرشى الى هذا المعيار فقال « انه يجوز للامام الأعظم أن يعين قاضيين أو أكثر ٠٠٠٠ كل منهما – أو منهم – يحكم بنوع من أنواع الفقه : كقاضى الأنكحة وما تعلق بها ، وقاضى الشرطة وقاضى المياه وما أشبه ذلك ، وهذا بناء على أن ولاية القضاء تنعقد عامة وخاصـــــــــة » (٩١) .

وجاء في الشرح الكبير « وجاز تعدد مستقل ، أى جاز للامام نصب قاض متعدد يستقل كل واحد بناحية يحكم فيها بجميع أحكام الفقه بحيث لا يتوقف حكم واحد منهم على حكم الآخر كقاضى رشيد وقاضى المحلة وقاضى قليوب ، أو تعدد مستقل ببلد ، أو خاص بناحية كالغربية أو المنوفية بمصر ، أو نوع أى باب من أبواب الفقه كالأنكحة أو البيوع أو الفرائـــــض » (٩٢) .

وقال القاضى أبو يعلى « فان قلد قاضيين على بلد نظرت ٠٠٠٠٠٠٠وكذلك ان رد أحدهما نوعا من الاحكام والى الآخر غيره كرد المداينات الى أحدهما والمناكح الى الآخر ، فيجوز ذلك » (٩٣) .

كما يتضح هذا المعيار من قول الفقيه ابن قدامة الذى مضت الاشارة اليه بأنه « يجوز – للامام – أن يولى قاضيين وثلاثة في بلد واحد يجعل لكل واحد عملا ،

---

(٩٠) راجع : السلطة القضائية في الاسلام ، للدكتور شوكت عرسان عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٢٦٤ .

(٩١) انظر : شرح الخرشى ج ٨ ، ص ١٤٤ .

(٩٢) انظر : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٤ ، ص ١٢٤ .

(٩٣) انظر : الأحكام السلطانية لأبي يعلى ، ص ٥٣ .

فيولى أحدهم عقود الأنكحة والآخر الحكم في المداينات والآخر النظر في العقار»(٩٤) .

كما يتضح هذا المعيار من قول الفقيه ابن تيمية « وولاية القضاء يجوز تبعيضها، ولا يجب أن يكون عالما بما في ولايته فان منصب الاجتهاد ينقسم ، حتى لو ولاه في المواريث ، لم يجب أن يعرف الا الفرائض والوصايا وما يتعلق بذلك ، وان ولاه عقد الأنكحة وفسخها لم يجب أن يعرف الا ذلك » (٩٥) .

ونعتقد أن هذا المعيار لا يثير تنازع في التخصيص البتة ؛ نظرا لوضوحه سواء بالنسبة للمتقاضين أو للقضاة أنفسهم .

* * *

ثانيا - معيار قيمة الخصومة :

وفقا لهذا المعيار يجوز للامام أن يخصص القاضى بنظر الخصومات التى لا تتجاوز قيمتها مبلغا معينا ، ويخصص قاضيا آخرا للنظر في الخصومات التي تزيد قيمتها عن هذا المبلغ ؛ وبذلك تكون قيمة المتنازع عليه هي الفيصل في تحديد اختصاص القاضي ، والغالب أن يكون ذلك في النوع الواحد من الخصومات (٩٦) .

---

(٩٤) انظر : المغنى ، لابن قدامة ج ٩ ، ص ١٠٥ .

(٩٥) انظر : مجموعة فتاوى ابن تيمية ج ٥ ، ص ١٩٩ .

(٩٦) راجع : السلطة القضائية في الاسلام ، للدكتور شوكت عليان الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٢٦٤ ،نظرية عدم سماع الدعوى بالتقادم للدكتور حامد عبد الرحمن ، الرسالة السابق الاشارة ، ص ٥٦ ، ٥٧ ، مدى حق ولى الأمر في تنظيم القضاء وتقييده ، للدكتور عبد الرحمن القاسم ، الرسالة السابقة ، ص ٥٥٢ ، ٥٥٣ ، القضاء في الاسلام ، للدكتور محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص ٥٤.

ودليل هذا المعيار ما قاله عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – لأحد قضاته: « رد الناس عني في الدرهم والدرهمين » (٩٧) ، كذلك –روى أبو عبد الله الزبيرى « أن الأمراء بالبصرة كانوا يستقضون القاضى في مكان معين ، يحكم فيه في مائتي درهم فما دونها وعشرين دينارا فما دونها ويفرض النفقات ، ولا يتعدى موضعه ولا ما قدر له »(٩٨) .

وقد أوضح الفقيه ابن قدامة هذا المعيار فقال « ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال ، نحو أن يقول أحكم في المائة ؛ فما دونها ، فلا ينفذ في أكثر منها»(٩٩).

---

(٩٧) انظر : الدكتور عبد الرحمن القاسم ، مدى حق ولى الأمر في تنظيم القضاء وتقييده ، الرسالة السابقة ، ص ٥٥٣ ، الدكتور حامد عبد الرحمن ، نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم بين الشريعة والقانون ، الرسالة السالفة الذكر ، ص ٥٧ .

(٩٨) انظر : عدة أرباب الفتوى ص ٢٧١ ، منح الجليل ج ٤ ، ص ١٥١ ، جامع الفصولين ج ١ ص ١٤ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ٦٩ ، ٧٠ ، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٥٢ ، الفتاوى العمادية مخطوط بمكتبة الأزهر برقم ٢٠٤٥ / ٢٦٨٨٤ فقه حنفي ورقمه ٩ ، الفكر السامي ج ١ ، ص ١٢٢ ، الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ٣٣٤ ، أخبار القضاة لوكيع ج ١ ، ص ١٠٦ و ج٢ ، ص ١٦١ ، عمدة ذوى البصائر ص ٢٣٥ ، رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ، ص ٤٣٤ ، المغنى والشرح الكبير ج ١١ ص ٤٨١ ، مدى حق ولى الأمر في تنظيم القضاء وتقييده ، للدكتور عبد الرحمن القاسم ، الرسالة السابقة ، ص ٥٥٣ ، نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم بين الشريعة والقانون ، للدكتور حامد عبد الرحمن ، الرسالة السابقة ، ص ٥٧ ، القضاء في الاسلام ، للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ٥٤ .

(٩٩) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٩ ، ص ١٠٥ .

ثالثا – معيار أشخاص الخصومة (١٠٠) :

للامام أن يقصر ولاية القاضى على خصومات جماعة معينة من الناس ، كأن يخصصه للخصومات التي تثور بين الجند أو التي تثور بين النساء ، فيقتصر نظره على ما تخصص به ، ولا يجوز له القضاء لغير ما تحدد له .

فقد بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم حذيفة ليقضى بين قوم في خص ، وعهد الى أبى عبيدة بن الجراح أن يحكم بين نصارى نجران في أموالهم وخلافاتهم .

وحكم سعد بن معاذ في بنى قريظة ، وروى عن معقل بن يسار المزنى انه قال « أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضى بين قوم ؛ فقلت ما أحسن أن أقضى يا رسول الله .. قال : « ان الله مع القاضى ما لم يجـــر » (١٠١) .

بل أكثر من ذلك فان للامام أن يقصر ولاية القاضى على خصمين محددين ، فتنتهى ولايته بانتهاء الخصومة بين هذين الخصمين فقط ، والأصل في ذلك ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قد جاء اليه خصمان يختصمان فقال

---

(١٠٠) راجع : لسان الحكام ص ٩ ، رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٣٥٥ ، البحر الزخار ج ٥ ص ١١٥ ، فتاوى قاضيخان ج ٢ ص ٣٦٣ ، منح الجليل ج ٤ ، ص ١٥١ ، عمدة أرباب الفتوى ص ٢٧١ ، الفكر السامي ج ١ ، ص ١٢٣ ، الدكتور شوكت عليان ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٢٥٨ ، الدكتور حامد عبد الرحمن ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٥٨ ، ٥٩ ، الدكتور عبد الرحمن القاسم ، الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٥٥٤ وما بعدها ، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، للشيخ على قراعة ، طبعة سنة ١٣٤٤هـ ، ص ٢٩٣ .

(١٠١) رواه ابن ماجة بلفظ « ان الله مع القاضى ما لم يجر ، فاذا جار وكله الى نفسه » ، انظر : سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٧٧٥ .

صلى الله عليه وسلم : « قم يا عقبة فاقض بينهما » فقال عقبة : بأبى أنت وأمى يا رسول الله ٠٠ أنت أولى بذلك مني ، قال : « وان كان ٠٠ اقض بينهما » (١٠٢) وقد أشار الى هذا المعيار صاحب لسان الحكام فقال « ولو كان أحدهما – أى أحد الخصمين – من أهل العسكر والآخر من أهل البلد ، فان أراد العسكرى أن يخاصمه الى قاضى العسكر فهو على هذا ولا ولاية لقاضى العسكر على غير الجندى ومن كان محترفا في سوق العسكر فهو جندى أيضا » (١٠٣) ، فهذا يدلنا على أنه يجوز تخصيص قضاء للعسكر ، وأنه لا ولاية لقاضي العسكر على غيرهم من الأفراد .

كذلك فانه وفقا لهذا المعيار يجوز لولى الأمر أن يخصص قاضيا للفصل في قضايا الرجال ، وقاضيا آخرا للفصل في قضايا النساء ، وقد أشار الى ذلك الفقيه ابن فرحون وهو بصدد توضيح جواز تخصيص القضاء فقـــال « ومنها أن يجعل للرجال مجلسا وللنساء مجلسا اذا كانت حكومة كل نوع من نوعه»(١٠٤)، وقد اعتبر هذا الفقيه ذلك من قبيل أدب القضاء ، ولما كان يجوز للقاضى أن يخصص مجلسا للرجال ومجلسا للنساء ، فان لولى الأمر وهو صاحب الولاية العامة وصاحب الحق الأصيل في تخصيص القضاء ، أن

---

(١٠٢) رواه الدارقطنى في سننه عن عقبة بن عامر ، قال : جاء خصمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يختصمان ، فقال لي : « قم يا عقبةاقض بينهما » قلت : يا رسول الله . انت أولى بذلك مني ، قال :« وان كان ٠٠ اقض بينهما فان اجتهدت فأصبت فلك عشرة أجور ، وان اجتهدت فأخطأت فلك أجر واحد » انظر : سنن الدار قطنى ج ٤ ص ٢٠٣ ، وانظر في دلالة هذا الحديث الشريف على المعنى الذي أوردناه في المتن : الدكتور شوكت عليان – السلطة القضائية في الاسلام – الرسالة السابق الاشارة اليها ، ص ٢٥٧ .

(١٠٣) انظر : لسان الحكام في معرفة الأحكام ، طبعة سنة ١٢٩٩هـ ، ص ٩ .

(١٠٤) انظر : تبصرة الحكام ، ج١ ص ٣٦ .

يخصص القاضى بمثل ذلك (١٠٥) ، فله أن يجعل قاضيا معينا مختصا بالفصل في قضايا الرجال ، وقاضيا آخرا مختصا بالفصل في قضايا النساء .

وبذلك تتضح لنا المعايير المختلفة لتخصيص القضاء بالخصومات ، وينبغي ملاحظة أنه يجب على القاضى أن يلتزم بهذا التخصيص في حالة حدوثه ؛ فلا يجوز له أن يفصل في غير الخصومات التي خصصت له ، وقد أوضح فقهاء المسلمين أن القاضي اذا فصل في غير الخصومات التي خصصت له فان قضاءه لا ينفذ ، فقد جاء في الفتاوى الأسعدية أنه اذا فوض السلطان « لشخص معين الحكم في قضية بعينها ونهى غيره من ولاته عن سماعها لا يسوغ لغير المعين سماعها ، وان سمع وحكم لا ينفذ حكمه » (١٠٦) .

وقال الفقيه الشيرازى في المهذب « ولا يجوز أن يقضى – القاضى – ولا يولى ولا يسمع البينة ولا يكاتب قاضيا في حكم في غير عمله ، فان فعل شيئا من ذلك في غير عمله لم يعتد به ، لأنه لا ولاية له في غير عمله ، فكأن حكمه فيما ذكرناه حكم الرعية » (١٠٧) .

وأشار الى ذلك أيضا الفقيه القرافى فقال « القضاء من القاضى بغير عمله لا تتناوله الولاية ؛ لأن صحة التصرف انما يستفاد من عقد الولاية ، وعقد الولاية

---

(١٠٥) راجع : الدكتور عبد الرحمن القاسم ، مدى حق ولى الأمر في تنظيم القضاء وتقييده ، الرسالة السالفة الذكر ، ص ٥٥٦ .

(١٠٦) انظر : الفتاوى الأسعدية ، الطبعة الأولى ، للمطبعة الخيرية بمصر ، سنة ١٣٠٩هـ ، ج ٢ ، ص ٨٣ .

(١٠٧) انظر : المهذب ، طبعة سنة ١٣٣٣هـ ، ج ٢ ، ص ٣٠٩ .

انما يتناول منصبا معينا وبلدا معينا ، فكان معزولا عما عداه ، لا ينفذ فيه حكمه» (١٠٨) .

وكل هذه الأقوال السابقة تؤكد لنا أنه لا يجوز للقاضى أن يفصل في غير الخصومات التي خصصت له ، وأنه اذا فصل في خصومة غير مخصص لها فان قضاءه لا ينفذ .

* * *

(١٠٨) انظر : الفروق للقرافى ، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦هـ ، ج ٤ ،ص ٣٩ ، ٤٠ ، الفرق الثالث والعشرون والمائتان بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاة والقضاة وبين قاعدة ما لا ينفذ من ذلك ، وانظر أيضا : تهذيب الفروق والقواعد السنية ، بهامش الفروق للقرافى ج ٤ ، ص ٧٨ ، ص ٨٩ .

خاتمـــــــــــة

لقد سبق لنا عند تعرضنا لضوابط تحديد الاختصاص القضائي في القانون ، أن أوضحنا أن هذه الضوابط ثلاثة : ضابط مكاني ، وآخر نوعى ، وثالث قيمى ، وقد بحثنا كل ضابط منها بشيء من التفصيل .

والحق أن هذه الضوابط الثلاث عرفها الفقه الاسلامي وكان معمولا بها في ظل النظام القضائي الاسلامي ، وسوف نوضح ذلك الآن بالنسبة لكل ضابط منها على حدة :

أولا - بالنسبة للضابط المكاني :

يقابل هذا الضابط تخصيص القضاء بالمكان في الشريعة الاسلامية الذى سبق لنا أن بحثناه ، ولقد عرف الفقه الاسلامي القاعدة الأساسية في الأخذ بهذا الضابط المكاني والمعمول بها في القوانين الحديثة ، وهي قاعدة سعى المدعى الى المدعى عليه في أقرب المحاكم الى موطنه« Actor Sequiture forum rei » (١٠٩)، فقد ذهب الامام محمد من الحنفية والفقيه ابن القاسم من المالكية الى عقد الاختصاص للقاضى الكائن بدائرته موطن المدعى عليه كما سبق أن أوضحنا ، على أساس أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه ؛ وأن العدالة تأبى تكليفه مشقة الانتقال قبل ثبوت شغل ذمته أو عدوانه ، وأن المدعى هو المهاجم فلا ينبغى أن يستدعى المدعى عليه الى موطنه هو لكى يقاضيه ، بل يجب عليه السعى الى موطن المدعى عليه ، او رفع دعواه أمام القاضى الكائن بدائرته هذا الموطن ، وقد سبق لنا أن رجحنا هذا الرأى .

كذلك عرف الفقه الاسلامي الاستثناء من هذه القاعدة العامة والمأخوذ به أيضا في القانون ، والذي يتمثل في عقد الاختصاص بالدعاوى المتعلقة بالعقارات

---

(١٠٩) << Le demandeur doit intenter l'action devant le tribunal du défendeur >> .

للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار بصرف النظر عن موطن المدعى عليه ، وقد مضت الاشارة الى رأى الفقيه ابن الماجشون القائل بعقد الاختصاص بالدعاوى المنصبة على عقار للقاضى الذى يقع العقار بدائرته ، ونكرر هنا اشارة صاحب تبصرة الحكام لهذا الرأى بقوله « وفي مختصر الواضحة في الرجل من أهل المدينة يكون له دار بمكة فيدعيها رجل من أهل مكة ، قال ابن الماجشون : انما تكون خصومتهما حيث الدار »(١١٠) ، وقد سبق لنا أن رجّحنا هذا الرأى ، على أساس أن الأخذ به يؤدى الى عدم اطالة أمد النزاع ، كما أن قاضى موقع العقار أقدر من غيره على الفصل في الخصومة ، اذ يمكنه معاينة العقار أو سؤال الشهود المجاورين للعقار بسهولة .

* * *

ثانيا - بالنسبة للضابط النوعى :

وفقا للضابط النوعى للاختصاص ، فانه يتم توزيع ولاية القضاء على المحاكم المختلفة حسب نوع القضية ؛ ولقد عرف الفقه الاسلامي هذا الضابط أيضا ، وقد سبق لنا عند بحثنا لتخصيص القضاء بالخصومات أن أوضحنا أنه من المعايير الأساسية لهذا التخصيص معيار نوع الخصومة ، والذى بمقتضاه يكون لولى الأمر تخصيص القاضى بنوع معين من الخصومات .

ونكرر هنا الاشارة الى بعض أقوال فقهاء المسلمين التي تدلنا على الأخذ بهذا الضابط للاختصاص ، ومن هذه الأقوال قول الفقيه الخرشى « انه يجوز للامام الأعظم أن يعين قاضيين أو أكثر ......كل منهما -أو منهم- يحكم بنوع من أنواع الفقه »(١١١) .

---

(١١٠) انظر : تبصرة الحكام ، المرجع السالف الذكر ، ص ٦٧ .

(١١١) شرح الخرشى ج ٨ ، ص ١٤٤ .

ومن هذه الأقوال أيضا قول الفقيه أبي يعلى « ان رد - أى الامام - الى أحدهما - أى أحد القاضيين - نوعا من الأحكام والى الآخر غيره كرد المداينات الى أحدهما والمناكح الى الآخر ، فيجوز ذلك »(١١٢) .

ومن هذه الأقوال أيضا قول الفقيه ابن قدامة انه « يجوز -للامام - أن يولى قاضيين وثلاثة في بلد واحد يجعل لكل واحد عملا فيولى أحدهم عقود الأنكحة والآخر الحكم في المداينات والآخر النظر في العقار » (١١٣) .

* * *

ثالثا - بالنسبة للضابط القيمي :

لقد مضت الاشارة الى أنه وفقا لهذا الضابط يتم توزيع ولاية القضاء على المحاكم المختلفة بالنظر الى قيمة القضية ، بحيث تكون قيمة القضية هي المعيار المحدد لاختصاص كل محكمة ، وبحيث يكون لكل محكمة نصاب معين للاختصاص وفكرة وجود نصاب محدد للاختصاص << Taux de la com-petence عرفها الفقه الاسلامي أيضا ؛ فقد سبق لنا أن أوضحنا عند تخصيص القضاء بالخصومات أن من معايير هذا التخصيص معيار قيمة الخصومة ، بحيث يجوز للامام وفقا لهذا المعيار أن يخصص القاضى بنظر الخصومات التي لا تتجاوز قيمتها مبلغا معينا ، ويخصص قاضيا آخرا للنظر في الخصومات التي تزيد قيمتها عن هذا المبلغ ، وهذا التخصيص هو بمثابة تحديد نصاب اختصاص كل من القاضيين .

فالضابط القيمي للاختصاص كان معمولا به في ظل النظام القضائى الاسلامي ، وقد مضت الاشارة الى قول عمر بن الخطاب - رضى الله عنـــه - لأحد قضاته « رد الناس عنى في الدرهم والدرهمين ».

---

(١١٢) الأحكام السلطانية لأبى يعلى ، ص ٥٣ .

(١١٣) المغنى لابن قدامة ج ٩ ، ص ١٠٥ .

كذلك مما يدلنا على أن الضابط القيمي للاختصاص كان معمولا به في ظل النظام القضائى الاسلامى ، الرواية التي سبق لنا الاشارة اليها عن أبى عبد الله الزبيرى بأن « الأمراء بالبصرة كانوا يستقضون القاضى في مكان معين ، يحكم فيه في مائتى درهم فما دونها وعشرين دينارا فما دونهــا ؛ ويفرض النفقات ، ولا يتعدى موضعه ولا ما قدر له " .

وبذلك يتضح لنا مما تقدم أن ضوابط تحديد الاختصاص القضائى في القوانين الحديثة قد عرفها الفقه الاسلامى ، وأنه كان معمولا بها في ظل النظام القضائى الاسلامى ، ولكن يجب ملاحظة أن ذلك لا يعنى أن هناك تطابقا تاما بين القواعد التفصيلية المتعلقة بهذه الضوابط وبين القواعد التفصيلية لتخصيص القضاء في الشريعة الاسلامية ، اذ الواقع أن هناك اختلافات في هذه القواعد التفصيلية والتي سبق أن تعرضنا لها تفصيلا فيما مضى ، ولكن هذه الاختلافات غير جوهرية ، فمثلا يعرف الفقه الاسلامى الضابط القيمى للاختصاص كما ذكرنا آنفا ، ولكن النصاب القيمى للاختصاص ليس واحدا .

ولكن هذه الاختلافات غير الجوهرية بين القواعد التفصيلية للاختصاص القضائى في القانــون والقواعد التفصيلية لتخصيص القضاء في الشريعة الاسلامية ، لا تؤثر على الحقيقة التي توصلنا اليها ، وهي أن الضوابط الأساسية لتحديد الاختصاص في القوانين المعاصرة قد عرفها الفقه الاسلامي كما أوضحناها آنفا .

*** * تم بحمد الله تعالى وتوفيقه * ***

القرار الإداري والسلطة التقديرية للإدارة

دراسة مقارنة

بين دولة الإمارات ومصر وفرنسا

بقلم الدكتور محمود سامي جمال الدين *

---

* أستاذ مساعد بقسم القانون العام له العديد من البحوث في القانون الدستوري والإداري بمصر ودولة الإمارات العربية المتحدة - يعمل بالكلية معارا من كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية .

مقدمـــة :

يمثل مبدأ المشروعية أحد المبادئ الرئيسية اللازمة لقيام الدولة القانونية ، حيث تغدو السيادة للقانون وليست لأشخاص الحكام أو لبعض التقاليد والأعراف المتوارثة ، إذ مقتضى هذا المبدأ أن القانون وإن كان عملا إراديا ، إلا أنه يسمو على إرادة جمع أفراد المجتمع والسلطات العامة في الدولة . مهما بلغ دورها في وضعه أو إقراره أو إصداره .

ومن المستقر عليه في تفسير مدى سيادة القانون ، أن هذه السيادة تتحقق بخضوع كل من في الدولة من حكام ومحكومين ، سلطات عامة وأفراد . للقانون بحيث تكون تصرفاتهم الإيجابية والسلبية في دائرة وحدود النظام القانوني المقرر في الدولة ، الذي يشمل كافة القواعد القانونية السارية أو المطبقة أيا كان مصدرها أو شكلها .

واحترام الأفراد للقانون بكافة قواعده . أمر تكفله السلطة العامة بما تملكه من وسائل قانونية مقررة لكل من هيئاتها ، أما احترام السلطات العامة في الدولة للقانون والإلتزام بأحكامه ، فإنه يتحقق من خلال تدرج القواعد القانونية من حيث قوتها الإلزامية . إذ تلتزم كل سلطة عامة بأن تكون كافة تصرفاتها متفقة مع القواعد القانونية التي تعلو في مرتبتها الإلزامية ، المرتبة التي تتمتع بها تصرفات وأعمال هذه السلطة . (١)

ولا ريب في أن خضوع السلطة الإدارية على وجه الخصوص للقانون . يمثل أهم نتائج ومقتضيات مبدأ المشروعية ، إذ أن إحتمالات خروج تلك السلطة على هذا المبدأ قائمة بصورة كبيرة نظرا لتعدد أوجه نشاطها وإحتكاكها اليومي الدائم بالأفراد أثناء ممارسة هذا النشاط ، مستعينة في ذلك بما قرره لها القانون من أساليب وإمتيازات بهدف تمكينها من تحقيق الصالح العام .

١- راجع في تفاصيل تدرج القواعد القانونية مؤلفنا " تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية " - منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٦.

وقد أقر القضاء في دولة الإمارات العربية هذا المبدأ ومقتضياته ، مؤكدا بموقفه أن مبدأ المشروعية وسيادة القانون هو من المبادئ والمقومات التي تقوم عليها دولة الإمارات بالرغم من خلو الدستور من أية إشارة إليه ، وذلك على إعتبار أن هذه الدولة من الدول القانونية دون جدال . فقد ورد في حكم المحكمة الإتحادية العليا بتاريخ ١٩٧٨/٦/٢١ (القضية ٥ للسنة ٥ ق.ع.م) مايلي :

" تقوم الدولة الحديثة على مبدأ المشروعية الذي يمكن أن نلخصه بأنه سيادة حكم القانون ، ومقتضى هذا المبدأ أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم، وأن يمكن الأفراد بوسائل مشروعة من رقابة الدولة في أدائها لوظيفتها بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عن لها أن تخرج عن حدود القانون عن عمد أو إهمال . ووسائل الأفراد في تحقيق مبدأ المشروعية عديدة،

أهمها ثلاث :

(١) طلب إلغاء قرارات الإدارة المعيبة .

(٢) الدفع بعدم دستورية القوانين .

(٣) حق طلب التعويض عن تصرفات الإدارة المعيبة سواء كانت هذه التصرفات أعمالا مادية أو أعمالا إدارية . "

وتمثل سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية ، المظهر الرئيسي والأساسي لوسائل الإدارة في مباشرة كافة أوجه نشاطها دون إستثناء . ولذلك يعتبرها فقه القانون العام أهم وأخطر إمتيازات السلطة الإدارية التي لا غنى عنها سيما وأن الإدارة لا تستطيع في غالب الأحيان أن تمارس إمتيازاتها الأخرى إلا من خلال هذه القرارات . إذ تباشر الإدارة عن طريقها مباشرة السلطة التقديرية .

ونزع ملكية العقارات والإستيلاء عليها للمنفعة العامة ، والتنفيذ الجبري المباشر، وغير ذلك من وسائل وإمتيازات يقرره القانون للسلطة الإدارية .

ويدور هذا البحث على وجه التحديد حول إمتياز " السلطة التقديرية " الذي تتمتع به الإدارة عندما تباشر إختصاصاتها من خلال " القرارات الإدارية " . ومن ثم فقد رأينا أن نتناول هذا الموضوع بالدراسة وفقا للمنهج التالي :

- فصل تمهيدي نتناول فيه مشكلة تعريف القرار الإداري وتحديد أركان هذا القرار الذي لا يوجد إلا بقيامها ، ثم عناصر القرار التي تتصل فقط بصحة ومشروعية القرارات الإدارية ، والتي يمكن أن تكون مجالا للسلطة التقديرية للإدارة .

- الفصل الأول : نخصصه لدراسة مدلول السلطة التقديرية وأساسها الشرعي.
- الفصل الثاني : وفيه نحدد مجال السلطة التقديرية بصدد عناصر القرار الإداري .
- الفصل الثالث : ونعالج فيه مشكلة الرقابة على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية في إصدار القرارات الإدارية .

الفصل التمهيدي

التعريف بالقرار الإداري

إزاء تجنب المشرع تعريف القرارات الإدارية ، بالرغم من الإشارة إليها في العديد من المواد الدستورية (٢) والتشريعية ، بمناسبة تقرير سلطة الإدارة في إصدارها بعدد العديد من الموضوعات ، أو بمناسبة تقرير الرقابة القضائية عليها من جانب القضاء (٣) . فقد تعدى القضاء والفقه لذلك فتعددت تعريفات القرارات الإدارية .

فقد إستقر القضاء وخاصة في مصر ودولة الإمارات العربية – على تعريف القرار الإداري بأنه " إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون ، عن إرادتها الملزمة ، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح ، وذلك بقصد إحداث أمر قانوني معين ، متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا ، وكان الباعث عليه إبتغاء مصلحة عامة " (٤)

٢- راجع على سبيل المثال المواد ١٠٨،٦٨، ١٤٤، ١٤٩، ١٥٦/جـ من الدستور المصري الحالي وكذلك المواد ٤٩، ٥٤/٤-٨ – ١٠ ، ٦٠/٥ جـ ، ٦١، ١٣٠، ١١٤، ١١٥، ١٢، ١٢٥، من دستور دولة الامارات العربية المتحدة الحالي (دستور ١٩٧١) .

٣- راجع المادة ١٧٥ من دستور ١٩٧١ المصري الحالي وهي تقرر الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، وهذه الأخيرة هي من القرارات الإدارية ، ويقابل هذه المادة في دستور دولة الامارات المادة ٩٩/٣ منه .

٤- على سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في ١٩٧٩/١/١٧ قضية رقم ٤٣٢ لسنة ٣٣ ق ، مجموعة الخمسة عشر عاما ١٩٦٥ : ١٩٨٠ ص ٧٥ وحكم المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات في ١٩٧٥/٧/٩ قضية ٢ س ٢ ق.ع.م.

غير أن جانباً من الفقه ينتقد هذا التعريف بحق (٥) ، على أساس أنه لم يقتصر على تحديد المقصود بالقرار الإداري وذلك ببيان أركانه فحسب ، وإنما تعدى ذلك إلى بيان شروط صحته أو بالأحرى مشروعيته ، في حين أن هذه الشروط يجب أن تخرج عن ماهية القرار في ذاته . فالقرار الإداري يكتمل وجوده بإكتمال أركانه بغض النظر عما قد يشوب بعض عناصره الأخرى أو كلها من عيوب تجعله قابلا للإلغاء، فالطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري يفترض أولا وجود هذا القرار حتى يمكن قبول الطعن ضده بالإلغاء لعدم مشروعيته .

وبالرغم من إتفاق كثير من الفقهاء على ضرورة الفصل بين أركان القرار وشروط صحته ، وقصر تعريف القرار الإداري على ذكر الأركان دون شروط الصحة ، إلا أن الخلاف احتدم بينهم في تحديد ما يدخل في عداد أركان القرار الإداري وما لا يدخل فيها من عناصر القرار الإداري الأخرى .

وإذا كان من المسلم به أن أركان وعناصر القرار الإداري هي : الإرادة والشكل والإختصاص والسبب والمحل والغاية، ففي تقديرنا أن أركان القرار الإداري إنما تتمثل فحسب في ركن الإرادة التي يلزم توافرها بشروط محددة لكي يولد القرار الإداري ، في حين تتصل شروط صحة هذا القرار أو مشروعيته بعناصر الشكل والإختصاص والسبب والمحل والغاية بحيث يلزم أن يولد القرار متفقا مع القانون وما يفرضه من شروط في ضوء هذه العناصر الخمس وإلا تعرض القرار للإلغاء أما إذا لم يتدخل القانون بشأنها ، فإن للإدارة في هذه الحالة حرية التقدير بصدد هذه العناصر التي تخلى القانون عن تقييدها بأي شرط أو قيد .

وعليه فإن السلطة التقديرية للإدارة في صدد القرارات الإدارية لا تتصل بأي حال من الأحوال بركن الإرادة في القرار الإداري ، وإنما يقتصر مجالها على عناصر القرار الإداري الأخرى المتصلة بشروط صحة أو مشروعية القرار وذلك على نحو ما سنعالجة تفصيلا عند دراسة مجال السلطة التقديرية . ومن هنا يلزم بيان الحدود الفاصلة بين أركان القرار الإداري وعناصره ، لكي نصل إلى تعريف دقيق للقرار الإداري يقتصر فقط على بيان أركانه دون عناصره الأخرى

٥- الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا : مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الإتجاهات الحديثة -ص٦٥٨.

الأستاذ الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب : القانون الإداري ١٩٨١-ص ٢٨ الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط : أعمال السلطة الإدارية - ١٩٨٤- ص ٩، ١٠

المبحث الأول
ركن الإرادة في القرار الإداري

أشرنا قبلا إلى أن القرار الإداري يولد بمجرد توافر ركن الإرادة فيه وهو ما يعني أن وجود القرار الإداري أو إنعدامه إنما يدور حول توافر النية والإرادة في هذا القرار بغض النظر عن صحته أو مشروعيته ، فإذا ولد القرار مستوفيا ركن الإرادة تحقق وجوده وإن كان قابلا للإلغاء إذا ثبت عدم توافر كافة شروط صحته قانونا ، أما إذا لم يستوف " القرار " ركن الإرادة فيه فإنه يكون منعدما ، أي أنه لم يولد أصلا حتى وإن كانت كافة عناصره الأخرى تبدو صحيحة ومتفقة مع القانون .

ولذلك فإن القرار الإداري يقوم بمجرد التعبير أو الإفصاح عن إرادة السلطة الإدارية ونيتها في أحداث أثر قانوني معين ، أيا كان أسلوب التعبير عن هذه الإرادة ، وسواء التزمت الإدارة بما فرضه القانون من شروط لمشروعية القرار الإداري محور هذه الإرادة أم لم تلتزم .

وكما تقول المحكمة الإتحادية العليا في دولة الإمارات " فالقرار الإداري هو عمل إرادي يجب أن يتجسد ككل عمل قانوني من مظهر خارجي ذي دلالة قاطعة على صدور إعلان من جانب الإدارة ، تعبر به عن إرادة ملزمة لها تستهدف بها تحقيق أثر قانوني معين بالنسبة للأفراد . " (٥)م

وعليه فإننا نرى أنه يمكن تعريف القرار الإداري بأنه : " تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية في إحداث أثر قانوني معين " (٦) ويستفاد من هذا التعريف أنه يشترط في ركن الإرادة في القرار الإداري ، أن تكون إرادة منفردة، وأن تصدر عن سلطة إدارية ، وأن يكون من شأنها إحداث أثر قانوني ، ومن ثم

٥- المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات في حكمها الصادر في ١٩٧٥/٧/٩ سالف الذكر .

٦- يأخذ القضاء أحيانا بمثل هذا التعريف الذي يقتصر على أركان القرار الإداري دون عناصر مشروعيته ومثال ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في ١٩٧١/١٢/٤ قضية رقم ١٧٣ لسنة ١٥ ق - المجموعة سالفة الذكر ص ش١٦٦، وفيه قضت المحكمة بأن القرار الإداري " تتوافر له مقوماته بمجرد افصاح الادارة أثناء قيامها بوظائفها عن ارادتها الملزمة بقصد احداث أثر قانوني " .

فإنه إذا لم تتوافر الإرادة بهذه الشروط في " تصرف " الجهة الإدارية ، فإن هذا التصرف لا يكون معيبا فحسب ، وإنما ينحدر إلى درجة الإنعدام .

وتفصيل الشروط سالفة الإشارة هي في تقديرنا على الوجه التالي :

(أ) أن يكون القرار تعبيرا عن الإرادة المنفردة للإدارة :

فالقرار الإداري بحكم تعريفه هو تصرف قانوني بالإرادة المنفردة للإدارة ، فهي تعبير عن إرادتها وحدها بغض النظر عن إرادات الآخرين ممن يمسهم القرار الإداري أو ممن إشتركوا في إصدار هذا القرار . ولذلك يلزم ملاحظة مايلي :

١- أن إشتراك عدة أفراد أو جهات إدارية في إصدار القرار الإداري لا يعني صدوره عن أكثر من إرادة ، فالعبرة ليست بعدد أعضاء السلطة الإدارية الذين يصدرون القرار . وإنما العبرة بالإرادة التي يمثلونها معا ، حيث أنهم جميعا إنما يمثلون إرادة واحدة هي إرادة السلطة الإدارية في مواجهة المخاطبين بأحكام هذا القرار . وهي إرادة ملزمة لهم ولا تتوقف على قبولهم لأحكامه .

٢- وحتى في حالة ما إذا تطلب القانون إشتراك إرادة من تتجه إليه أحكام القرار الإداري قبل إصداره ، كما لو تطلب القانون " تقديم طلب " للحصول على رخصة قيادة أو جنسية الدولة مثلا ، فمثل هذا الطلب إنما يدخل في عنصر السبب في القرار الإداري ، بإعتباره واقعة تدفع الإدارة لإتخاذ قرارها في صدده تعبيرا عن إرادتها المنفردة ، بغض النظر عن إرادة من طلب القرار .

٣- وكذلك الحال إذا تطلب القانون " موافقة " من شمله القرار الإداري بآثاره، كما هو الحال في صدد التعيين بالوظائف العامة ، فهذه الموافقة لا تعني إتفاق إرادتي من تم تعيينه والجهة الإدارية التي عينته ، وإنما لا تتعدى هذه الموافقة على القرار بعد صدوره ، كونها شرطا لسريان ونفاذ القرار الإداري ، الذي يظل بالرغم من " شرط الموافقة " عملا قانونيا من جانب الإدارة وحدها ، أما إذا كانت موافقة الطرف الآخر شرطا جوهريا لقيام

٧- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٧٧/٥/٢٨ في القضية رقم ٥٢٧ لسنة ٢٢ق.

التصرف فإن مثل هذا التصرف القانوني لا يندرج في نطاق القرارات الإدارية بل يعد من " العقود " الإدارية .

(ب) أن يكون القرار تعبيرا عن إرادة سلطة إدارية :

يشترط في القرار أن يعبر عن إرادة سلطة إدارية . ولا يقصد بالسلطة الإدارية هنا معناها العضوي فحسب ، وإنما ينبغي أيضا أن يعبر القرار عن إرادة تتصل بالسلطة الإدارية بمعناها الموضوعي كذلك .

فمن الناحية العضوية يشترط صدور القرار الإداري عن السلطة التنفيذية بوصفها إحدى السلطات العامة الدستورية في الدولة . وهو ما يؤدي إلى إستبعاد كل ما لا يتصل بالسلطة التنفيذية عضويا أو شكليا من مجال الإدارة .

ويمكن تحديد السلطة التنفيذية (أو الإدارية) من الناحية العضوية ، بأنها في مصر – وطبقا للدستور الحالي فيها – تتكون من رئيس الجمهورية والحكومة وما يرتبط بها من تنظيمات . وبأنها في دولة الإمارات تتمثل وفقا لدستورها في رئيس الإتحاد ورئيس مجلس الوزراء والوزراء والإدارات الإتحادية التابعة لها علاوة على حكومات الإمارات المختلفة ، ومن ثم يشترط في القرارات الإدارية صدورها من سلطة إدارية (تنفيذية ، تدخل في هذا النطاق ، وبالتالي يخرج من نطاق القرارات الإدارية ما يلي :

١) " التصرفات " الصادرة من فرد عادي لا صلة له بالسلطة الإدارية ولا يتمتع بأية صفة تتيح له سلطة إصدار القرارات ما لم ينطبق عليه وصف الموظف الفعلي .

٢) القرارات الصادرة عن سلطة عاملة أخرى خلاف السلطة التنفيذية ، أي أعمال السلطتين التشريعية والقضائية ، فهذه الأعمال ولو إتخذت شكل القرارات تخرج من مدلول " العمل الإداري " ومن ثم " القرارات الإدارية ".

٣) القرارات الصادرة من سلطات عامة " غير وطنية " ، فالقرار الإداري يلزم أن يصدر عن " جهة إدارية وطنية تطبق قوانين البلاد وتستمد سلطتها منها بحيث يكون معبرا عن الإرادة الذاتية لهذه الجهة بوصفها سلطة عامة وطنية " وعليه لا تعد من القرارات الإدارية ما يصدر عن سلطات الإحتلال

أو من قبل ممثلي الدول الأجنبية أو المنظمات الدولية المقيمين على أرض الوطن ، أو ما يصدر عن المواطنين العاملين لحساب دول أجنبية أو إحدى المنظمات الدولية ...

٤) القرارات التي تصدر عن التنظيمات الشعبية والأحزاب السياسية والأشخاص المعنوية الخاصة ولو باشرت نشاطا ذا نفع عام .

أما عن الناحية الموضوعية ، فيشترط في القرارات الإدارية أن تكون صادرة إستنادا إلى " سلطة إدارية " موضوعيا ، ولهذا الإصطلاح الموضوعي شقين : فيلزم أولا أن يصدر القرار الإداري بإعتباره ممارسة لسلطة عامة لأن سلطة إصدار القرارات الإدارية ما هي في الواقع إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة وممارسة لها ، وذلك لأن سلطة القرار بالإرادة المنفردة الممنوحة للإدارة تنشئ علاقة غير متوازنة بين الإدارة صانعة القرار وبين الموجه إليهم هذا القرار ، ولكي تكون هذه العلاقة مشروعة ، فإنه يجب أن يكون القرار صادرا ممن يملك إصداره بوصفه سلطة عامة ، فإذا لم تظهر الإدارة بمظهر السلطة العامة ، فإن ما تصدره تعبيرا عن إرادتها لا يندرج في نطاق القرارات الإدارية .

والشق الثاني يستلزم أن يكون القرار الإداري تعبيرا عن سلطة " إدارية " أي أن يتصل القرار بالوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية ، فالمعلوم أن السلطة التنفيذية تتولى وظيفتين أولاهما الوظيفة الإدارية والتي تتصل بتنفيذ القوانين وحماية النظام العام وإشباع الحاجات العامة ، وثانيتهما الوظيفة الحكومية والتي ترتبط إما بعلاقة السلطة التنفيذية بغيرها من السلطات العامة كالسلطة التشريعية بإعتبارهما سلطتين متساويتين لا تستطيع أن تفرض إحداهما إراتها المنفردة على الأخرى . ما لم ينص الدستور على خلاف ذلك ، وأما بعلاقة السلطة التنفيذية بالخارج أي بالدول الأخرى والمنظمات الدولية سواء في وقت السلم أو الحرب ، حيث تظهر السلطة التنفيذية في هذه العلاقات بوصفها السلطة الممثلة للدولة ككل ، وليس بوصفها سلطة تنفيذية فحسب ، وعليه تخرج الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بصدد ممارستها للوظيفة الحكومية من نطاق الأعمال الإدارية ، إذ تعد في هذه الحالة من " أعمال الحكومة " أو كما يطلق عليها تجاوزا " أعمال السيادة ".

والخلاصة أن القرارات الإدارية هي تعبير عن إرادة سلطة إدارية ومن ثم يلزم صدورها من السلطة التنفيذية دون غيرها وأن تتعلق بالنشاط الإداري للسلطة التنفيذية دون غيره .

(جـ) أن يكون القرار تعبيرا عن الإرادة في احداث أثر قانوني معين :

القرار الإداري بطبيعته من الأعمال القانونية وهو ما يعني أن من شأن هذا العمل أحداث أثر قانوني ، فإن لم يكن للعمل أثر قانوني ما فإنه يدخل في نطاق الأعمال المادية وليس الأعمال القانونية ، حتى ولو كان العمل المادي جزء من عملية إدارية تشمل إيضا بعض الأعمال القانونية .

ومن ناحية أخرى فإن الأثر القانوني للقرار الإداري يعني أن هذا القرار ملزم للمخاطبين بإحكامه ، ومن ثم تخرج من دائرة القرارات الإدارية التصرفات التي يقصد بها إعلان وجهة نظر الإدارة في صورة آراء أو إدعاءات أو مزايا أو مقاصد أو رغبات أو توجيهات فمثل هذه التصرفات ليس لها آثار قانونية وبالتالي فهي غير ملزمة .

وترتيبا على ذلك ، لا يعد من القرارات الإدارية أيضا ، الأعمال الفنية التي يجريها رجال الإدارة كالتصميمات الهندسية والرسوم الفنية للمشروعات العامة . والإجراءات التنفيذية التي تتم تطبيقا للقوانين أو القرارات الإدارية كهدم المنازل والقبض على الأفراد وتذكير المواطنين بأحكام بعض القوانين، و كذلك الأعمال التحضيرية أو التمهيدية التي تسبق إتخاذ القرار الإداري،، كإجراء التحقيق بوصفه إجراء تمهيدي يسبق إصدار قرار بتوقيع جزاء تأديبي على الموظف ، وأيضا كافة الإجراءات التنظيمية الداخلية مثل المنشورات والتعليمات الإدارية والمصلحية وكذلك المنشورات التفسيرية التي تتضمن فقط شرح وتوضيح للنصوص القانونية والقرارات الإدارية اللائحية.

وهذا ما قضت به المحكمة الإتحادية العليا في دولة الإمارات في حكمها الصادر في ١٩٧٥/٧/٩ سالف الإشارة ، حيث قررت أن " الإجراءات التي تمت وهي لا تزيد على موافقة المدعى على التعبير وإرسال الأوراق إلى دائرة شئون الموظفين لإتمام باقي المراحل القانونية هي مجرد إجراءات تمهيدية مرحلية ... وهي بهذه المثابة لا تسمو إلى مرتبة القرار الإداري

الحصين ، ولا يتولد عنها للمدعي مركز قانوني إيجابي يقيد الإدارة ، لأن الإدارة لم تعبر بعد عن إرادتها القانونية ... وبالتالي يكون ماصدر من الإدارة هو مجرد وعد بالتعيين لا يعدو أن يكون عملا ماديا ... يخرج عن حظيرة الأعمال الإدارية ولا تحميه إطلاقا الحصانة المقررة للقرارات الإدارية ... إذ يتميز القرار الإداري عن العمل المادي الذي لا يرتب بذاته أثرا قانونيا ولا ينطوي على خصائص القرار الإدارية ، إذ ينبغي أن يتجه مصدر القرار إلى إحداث الأثر المترتب عليه ، وهذا الأثر هو إنشاء حالة قانونية معينة يتفرع عنها مركز ذاتي ويترتب عليها نشوء وضع يتعلق به حق ذي الشأن فيه ."

والأثر القانوني للقرار الإداري يتحقق بمجرد صدور القرار ولذلك يتجه القضاء الإداري في بعض أحكامه إلى وصف القرار الإداري بأنه قرار نهائي ، بمعنى أن إرادة الإدارة في إحداث الأثر القانوني لا تحتاج إلى تصديق جهة أخرى تعلو الجهة الإدارية المختصة بإصدار القرار . والواقع أن القرار الإداري لا يحتاج إلى وصفه بالنهائية ، ذلك لأن القرار الإداري لا يقوم ولا يتحقق ما لم يولد بذاته آثاراً قانونية دون توقف على أية إرادة أخري وإلا كان على الأكثر من الإجراءات التمهيدية التي تسبق إصدار القرار وإتخاذه من جانب كافة السلطات المشتركة في إصدار هذا القرار .

وأخيرا ، فإن الأثر القانوني للقرار الإداري يتمثل في إنشاء مركز قانوني معين أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم ، وإصطلاح " أحداث أثر قانوني " يشمل كافة هذه الحالات ولا يقتصر على حالة " إنشاء المركز القانوني " ، كما أنه في كافة الأحوال فإن التأثير على المركز القانونية بالتعديل أو بالإلغاء سيؤدي حتما إلى إحداث مركز قانوني جديد .

المبحث الثاني
شروط صحة (مشروعية) القرار الإداري

إذا كان تخلف ركن الإرادة في القرار الإداري بشروطه سالفة الذكر من شأنه القول بإنعدام القرار الإداري ومن ثم يفقد هذا القرار صفته الإدارية ويتحول إلى مجرد عمل مادي منعدم الأثر قانونا فلا يكون قابلا للتنفيذ المباشر، ويتحول إلى مجرد عقبة مادية لا تحول دون ممارسة ذوي الشأن لمقتضيات مراكزهم القانونية المشروعة ، فإن هناك شروطا أخرى يجب أن تتوافر في القرارات الإدارية لتكون صحيحة قانونا أو بالأحرى مشروعة ، ومن ثم تكون نافذة في مواجهة الأفراد ، فإذا تخلفت هذه الشروط فإن ذلك لا يؤثر في وجود القرار الإداري وإن كانت تؤدي إلى قابلية هذا القرار للبطلان نتيجة مخالفته للشروط التي يقررها القانون والقرار الإداري يكون غير مشروع ومحلا للإلغاء أو البطلان إذا أصابه عيب وقف عند التأثير على أحد الشروط القانونية المقررة بصدد أحد عناصره .

وتتمثل عناصر القرار الإداري في : الشكل - الإختصاص - المحل - السبب - الغاية . فإذا لحق أحد هذه العناصر الخمس عيب نتيجة مخالفة الإدارة للقانون ، جاز الطعن في القرار بالبطلان ومن ثم طلب الغائه لعدم المشروعية .

ويقصد بعنصر الشكل المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها والإجراءات التي تتبعها في إصداره . أما عنصر الإختصاص فيقصد به صلاحية موظف معين أو جهة إدارية محددة في إتخاذ قرار إداري محدد ، تعبيرا عن إرادة الإدارة ، ويخلط جانب كبير من الفقه والقضاء بين عنصر الإختصاص وركن الإرادة فيما يتصل بالعيوب التي تلحق بهما إذا تمثل العيب في إغتصاب فرد عادي أو سلطة عامة لإختصاصات السلطة الإدارية ، فيعتبرون أن عيب الإختصاص أما أن يكون جسيما (تعبيرا عن إغتصاب السلطة) أو بسيطا (تعبيرا عن عيب الإختصاص أو بالأحرى عدم الإختصاص) (٨) .

٨- راجع مثلا حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٣/٢/١٦ قضية رقم ١١١٣ لسنة ٥ ق ، المجموعة السنة ٨ بند ١٢٠ ص ٢٥١ .

الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي : القضاء الإداري - ١٩٧٩ص ٤٥٢ وما بعدها .

والواقع أن عيب إغتصاب السلطة هو عيب يشوب ركن الإرادة في القرار الإداري وذلك لأنه يعني تعبير أو إفصاح غير السلطة الإدارية عن إرادة الإدارة ، ولذلك فإنه إذا تحقق هذا العيب فإنه يؤدي إلى إنعدام القرار الإداري لإنعدام إرادة السلطة الإدارية فيه ، ومن ثم إنتفاء ركن الإدارة في مثل هذا " التصرف " الذي لا يجوز وصفه بأنه من القرارات الإدارية .

أما عيب عدم الإختصاص فإنه يعني أنه في داخل السلطة الإدارية تتوزع الإختصاصات بين موظفي الإدارة والجهات الإدارية والجهات المختلفة داخل الإدارة ، ومن ثم فإذا إعتدى موظف أو إعتدت جهة إدارية على إختصاص موظف آخر أو جهة إدارية أخرى . فإنه يلحق بالقرار الإداري المتصل بهذا الإختصاص عيب عدم الإختصاص ، وهو عيب لا يتصل بركن الإرادة لأن مثل هذا القرار يعد أيضا تعبيرا عن إرادة سلطة إدارية ، ولكنه عيب يتصف بعنصر الإختصاص بوصفه من العناصر التي إذا شابها عيب فإنه يؤدي إلى قابلية هذا القرار للإلغاء لعدم مشروعيته وذلك لمخالفته القواعد القانونية التي تحدد الإختصاصات أو صلاحيات موظفي السلطة الإدارية في ممارسة الأعمال الإدارية .

وبالنسبة لعنصر السبب ، فيقصد به الواقعة أو الوقائع التي تسبق القرار وتدفع إلى إصداره ، ويعرف قانونا بأنه مجموعة العناصر الواقعية والقانونية التي تسمح للإدارة بالتصرف وإتخاذ القرار الإداري .

أما عنصر المحل ، فإنه يتمثل بالنسبة للقرار الإداري شأنه شأن أي تصرف قانوني آخر، في مضمون الأثر القانوني للقرار ، أي ما يترتب على القرار الإداري من آثار على التنظيم القانوني نتيجة إنشاء مركز قانوني معين أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني قائم . وقد سبق أن أوضحنا بصدد الحديث عن ركن الإرادة في القرار الإداري أنه يشترط أن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، ولذلك فإن إحداث هذا الأثر في ذاته وإن كان شرطا يتصل بركن الإرادة في القرار الإداري ، إلا أن مضمون هذا الأثر الذي تحقق هو أمر يتصل بعنصر المحل في ذلك القرار ، وعليه فإذا لم يوجد للقرار أي أثر قانوني ، ويلحق بذلك حالة إستحالة تحقق الأثر القانوني ، فإن القرار يكون منعدما لتخلف أحد شروط ركن الإرادة ، ومن ثم تخلف هذا الركن ، أما إذا كان للقرار أثر قانوني

فإن القرار يكون قائما وموجودا ولكن قد يشوبه عيب المحل إذا كان مضمون الأثر القانوني للقرار غير جائز قانونا .

وأخيرا يتمثل عنصر الغاية في القرار الإداري في الهدف النهائي الذي تبتغي الإدارة تحقيقه بإتخاذ هذا القرار .

وبذلك يمكن القول أن شروط صحة أو مشروعية القرارات الإدارية تتمثل في ضرورة إتفاق عناصر القرار الإداري الخمس سالفة الذكر مع ما قد يرد بشأنها من شروط في القوانين التي تخضع لها السلطة الإدارية ، فإن لم يرد في القوانين بصدد أحد هذه العناصر أو بعضها أي شرط أو قيد ، فالقاعدة أن يكون للإدارة بصدد هذه العناصر حرية في تقدير ما يتصل بها من ظروف واعتبارات .

الفصل الأول

التعريف بالسلطة التقديرية

للتعريف بالسلطة التقديرية للإدارة يلزم أن نحدد أولا مدلول هذه السلطة ثم ندرس بعد ذلك الأساس القانوني والشرعي الذي تقوم عليه تلك السلطة المقررة للإدارة .

المبحث الأول
مدلول السلطة التقديرية للإدارة

السلطة التقديرية هي أمر بتطبيق القواعد القانونية . ومن ثم فإنها ترجع بالدرجة الأولى إلى موقف المشرع عند سن القواعد القانونية . فقد يتولى صياغتها في صورة جامدة بحيث لا يملك أحد سلطة تقديرية في تطبيقها .

وقد يصيغها في صورة مرنة بحيث تنطبق على الحالات الخاصة وفقا للسلطة التقديرية لمن يتولى هذا التطبيق سواء كان قاضيا أم رجل الإدارة أم أحد الأفراد العاديين المخاطبين بأحكام هذه القواعد القانونية .

وتطبيق السلطة الإدارية للقواعد القانونية المصاغة صياغة جامدة يعني أن إختصاصها الوارد في هذه القواعد هو إختصاص مقيد ، أما تطبيقها للقواعد القانونية المصاغة صياغة مرنة فإنه يعني أن الإدارة تباشر في ذلك إختصاصا تقديريا أو سلطة تقديرية ، ومن ثم يلزم فهم الإختصاص المقيد بوضوح حتى نتبين المدلول الحقيقي للسلطة التقديرية .

١ - الإختصاص المقيد للإدارة :

يرتبط الإختصاص المقيد كما أشرنا بالصياغة الجامدة للقواعد القانونية ، وفي تقدير البعض أنه من الناحية الفنية فإن القاعدة الجامدة هي الأقرب إلى مقتضيات الصياغة القانونية فهي بحسب تعريفها قاعدة تقوم على إصطلاحات

محددة منضبطة ، ولذلك فإن وضع قاعدة جامدة في القانون يعني أن الصياغة القانونية قد حققت غايتها من الوضوح والتحديد (٩) .

وإن كان الإختصاص المقيد هو إختصاص تحكمي بعيد عن إعتبارات الملاءمة نتيجة الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية التي تنظم هذا الإختصاص ، إلا أن هذا التحكم لا يجافي الواقع تماما لأنه قائم على إستقراء الواقع والأخذ بالأمر الغالب فيه ، فالإختصاص المقيد (أو القواعد الجامدة) لا يقوم على أساس التحكم المطلق وإنما هو ينطوي فقط على بعض التحكم الذي قد يخرج عن الواقع في بعض الحالات ، ولكنه يستجيب إلى المألوف في معظم الحالات . (١٠)

ومن أمثلة الإختصاص المقيد والصياغة القانونية الجامدة ، إستخدام الأرقام والحساب في صياغة القواعد القانونية المحددة لهذا الإختصاص ، كما يحدث مثلا في نطاق القانون الضريبي ، فالقواعد التي تلزم المولين بدفع ضريبة محددة بنسبة معينة من صافي الدخل أو الربح ، تجعل سلطة الإدارة في تطبيق هذه القواعد سلطة مقيدة أو بالأحرى إختصاص مقيد لا تملك الإدارة حياله أدنى سلطة تقديرية ، إذ أن تحقيق الممول لربح أو دخل معين يحتم على الإدارة فرض ضريبة بنسبة محددة من هذا الدخل أو الربح .

والقاعدة التي تلزم الإدارة بمنح رخصة قيادة لمن بلغ سنا معينا من العمر .. على فرض توافر كافة الشروط الأخرى - تعنى أن المشرع قدر أن من يبلغ هذا العمر فإنه يكون قد بلغ سن النضج والإدراك الكافي لقيادة المركبات ، ومن ثم لا يكون للإدارة حرية في تقدير هذا الجانب فيمن يتقدم بطلب رخصة القيادة وبلغ هذا العمر .

ومن أمثلة الصياغة القانونية الجامدة كذلك الصياغة بطريق الحصر ، وهو ما يتحقق في معظم القواعد الإجرائية كقواعد الإجراءات أمام القضاء الإداري ، مما ينفي إحتمال السلطة التقديرية بشأنها ، حيث يتعلق الأمر غالبا بمواعيد وإجراءات لا يتصور بشأنها عدم التحديد الواضح الدقيق . والذي يبرر الإلتجاء إلى أسلوب الإختصاص المقيد هو تحقيق الإستقرار في المعاملات . لأن

٩- J.DABIN, La technique de l'elaboration du droit positif , 1935 P. 111.

١٠- راجع في تفصيلات موضوع القواعد القانونية الجامدة والقواعد القانونية المرنة الأستاذ الدكتور : سمير تناغو : النظرية العامة للقانون - ١٩٨٥ - ص ٤٣ وما بعدها .

المخاطبين بأحكام القواعد المنظمة لهذا الإختصاص يستطيعون العلم بكيفية تطبيقها والأثر القانوني الذي سيترتب على هذا التطبيق . حيث أن تطبيق هذه القواعد هو تطبيق منطقي آلي ، إذ لا يقوم المختص بتطبيقها بأي جهد عقلي إرادي ومن ثم لا يباشر أية سلطة تقديرية .

كما تتميز القواعد المنظمة للإختصاص المقيد بسهولة التطبيق بالنسبة للموظف المختص بذلك ، وهي سهولة لازمة نظرا لتعدد الروابط الإدارية وتشابكها وتزايد إحتمالات المنازعة بشأنها ، فإذا حدد القانون مثلا أن كل من لديه الكفاءة الفنية والعملية التي تتصل بعمل معين ، يولي الوظيفة العامة المخصصة لهذا العمل. لأدى ذلك إلى تعطيل وإعاقة الإدارة وعدم تمكنها من الحصول على عمل الراغبين في تولي الوظائف العامة إلا بعد إرهاق وأبحاث دقيقة مضنية ، أما مع وجود القاعدة التي تحدد صلاحية الموظف الفنية والعلمية بحصوله على شهادة دراسية متخصصة معينة ، تؤهله للعمل في الوظيفة المخصصة له . فإنه يكفي أن تتأكد الإدارة من حصول المتقدم للوظيفة على هذه الشهادة لتعتبره مؤهلا لشغل الوظيفة ما لم يثبت عكس ذلك أثناء فترة الإختبار ، " ولذلك فإن الصياغة الجامد قد لا تحقق العدل في بعض الحالات القليلة ولكنها تحقق العدل في معظم الأحوال وتحقق الإستقرار واليسر في كل الحالات (١١) .

٢ - الإختصاص التقديري للإدارة :

بالرغم مما أشرنا عليه من مزايا الإختصاص المقيد إلا أنه يعيبه أن مثل هذا الإختصاص من شأنه أن يباعد بين القانون المنظم لهذا الإختصاص وبين حقائق الحياة المتغيرة والمتنوعة .

فالإختصاص المقيد المبني على الصياغة القانونية الجامدة ليس هدفا في ذاته وإنما هو وسيلة لتحقيق أهداف القانون في المجتمع وهي العدالة والمصلحة العامة للجماعة والمصالح الخاصة للأفراد ، ولكن هذه الأهداف لا يمكن أن تتحقق إلا بالإستعانة بقدر من المرونة التي يمكن أن تراعي في التطبيق الظروف الواقعية الخاصة بكل حالة على حدة (١٢) حتى وإن أدى ذلك إلى إرهاق الإدارة المختصة

١١- الاستاذ الدكتور سمير تناغو : المرجع السابق ص ٥٣ .

١٢- في تقدير البعض بحق أن هذه المرونة هي التي يمكن عن طريقها - من الناحية النظرية على الأقل - تحقيق أفضل درجات العدل في الحالات الخاصة المتنوعة ، فإذا كانت الصياغة =

بتطبيق القانون أو إلى عدم الإستقرار في المعاملات (١٣) ، إذ من شأن وجود هذه القواعد المرنة التي يمكن تطبيقها بطريقة تقديرية أن تتحقق أقصى درجات العدالة .

ولا ريب في أن إتصاف القاعدة القانونية بالمرونة ومن ثم توافر السلطة التقديرية للإدارة في تطبيقها يحقق أكبر درجات الملاءمة للحالات الواقعية المختلفة ورجل الإدارة المختص بتطبيق مثل هذه القاعدة لا يباشر سلطة مطلقة أو تحكمية ولكنه يباشر فقط سلطة تقديرية تخضع للرقابة على نحو ما سنحدده عند دراسة الرقابة على مباشرة تلك السلطة .

وتتحقق السلطة التقديرية للإدارة بصدد قراراتها الإدارية كلما تخلى القانـون (الذي يشمل كل القواعد القانونية التي تحكم نشاط الإدارة أيا كان مصدرها) عن تحديد وتنظيم جانب أو عنصر من عناصر قرار الإدارة أو نشاطها ، أما حيث يتولى القانون تنظيم هذا الجانب أو هذه العناصر بقواعد جامدة ملزمة وآمرة ، فإن الإدارة تكون في هذه الحالة مقيدة بالإلتزام بأحكام هذه القواعد، بحيث يكون هذا الجانب أو تلك العناصر مطابقة لما فرضه القانون أو مخالفة له . وبعبارة أخرى فإن السلطة التقديرية تثبت للإدارة عندما لا يكون مسلكها محددا

= الجامدة يمكن أن تحقق العدل justice فانها لا يمكن أن تحقق الانصاف equite، والانصاف هو نوع من العدل ، وهو أفضل درجات العدل بالنسبة للحالات الخاصة التي قد لا يتلاءم معها حكم القواعد الجامدة .

راجع الدكتور سمير تناغو : المرجع السابق ص ٥٤ .

١٣- وينتقد البعض هذه النتائج حيث أن ارهاق القائمين بتطبيق القانون قد يؤدي الى عكس الغرض المقصود ، لأن العدل لا يمكن تحقيقة باستخدام أكثر الطرق صعوبة وأشدها ارهاقا ، كما أن عدم استقرار المعاملات يتعارض مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها القانون ، فعدم الاستقرار من شأنه أن يؤدي الى كثير من الظلم وكثير من الفوضى وعدم النظام .

يضاف الى ذلك أن اعطاء سلطة تقديرية للأشخاص القائمين بتطبيق القانون بالنسبة لكل القواعد القانونية من شأنه أن يضعف من قيمة القانون ذاته ، ويبالغ في قيمة التطبيق ، بحيث يمكن أن يؤدي ذلك الى تحكم الأشخاص المنوط بهم تطبيق القانون وبذلك يتخلف الهدف الأساسي من العدول عن القواعد الجامدة ، وهو تفادي التحكم في هذه القواعد .

راجع : الدكتور سمير تناغو : المرجع السابق ص ٥٣، ص ١٥٤

J.DABIN . OP. cit . P. 125 .

أو منصوصا عليه مقدما في القانون ، ويكون إختصاص الإدارة مقيدا عندما يكون مسلكها قد تحدد سلفاً في قواعد القانون ، وبالتالي فإن المرجع من تتمتع الإدارة بحرية التقدير هو القانون بمعناه الواسع ، أي بمجموع القواعد القانونية التي تحكم نشاط الإدارة بما في ذلك المبادئ العامة للقانون التي يستنبطها القضاء بصدد ممارسة الإدارة لإختصاصاتها . (١٤)

غير أن السلطة التقديرية قد تتحقق كذلك بالرغم من تدخل القانون لتحديد إختصاص الإدارة أو نشاطها ، وذلك إذا إستخدم المشرع عبارات عامة غير محددة تحديدا دقيقا، بحيث تتسع هذه العبارات المرنة فتشمل وقائع معينة أو تضيق فلا تنطبق على هذه الوقائع ، ففي مثل هذه الحالات يمكن القول أن المشرع إكتفى بوضع معيار "STANDARD" كوسيلة فنية لصياغة القواعد بطريقة مرنة تتيح للإدارة قدراً كبيراً من حرية التقدير عند تطبيقها .

وعليه تعني السلطة التقديرية للإدارة بمعناها الواسع ، تمتعها - أي الإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس إختصاصاتها القانونية ، بحيث يكون للإدارة تقدير إتخاذ التصرف أو الإمتناع عن إتخاذه ،أو إتخاذه على نحو معين، أواختيار الوقت الذي تراه مناسبا للتصرف ، أو السبب الملائم له ، أو في تحديد محله.

ولا ينبغي أن نستنتج مما سبق أنه يمكن تصنيف القرارات الإدارية إلى قرارات مقيدة وأخرى تقديرية ، بحيث تكون جميع عناصر القرار إما مقيدة أو تقديرية ، إذ أنه كما توجد القرارات المقيدة بالكامل والقرارات التقديرية بالكامل، توجد طائفة ثالثة من القرارات ، لعلها أهمها على الإطلاق وأكثرها شيوعا، هي تلك القرارات التي تكون تقديرية في جانب منها ، ومقيدة في جانبها الآخر ، أو بالأحرى تنصب حرية التقدير للإدارة على بعض عناصر القرار الإداري أو أحدها دون البعض الآخر ، وهو الأمر الذي لا يعني بأي حال من الأحوال أن هناك أي تعارض أو تناقض في مثل هذه القرارات ، فالواقع أن الإختلاف بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد إنما هو إختلاف في الدرجة وليس إختلافا في الجوهر أو الطبيعة (١٥).

١٤- راجع الأستاذ الدكتور محسن خليل : القضاء الإداري ورقابته لأعمال الادارة ص ٩٨ .

الأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة : الرقابة على أعمال الادارة - ١٩٧٠ - ص ٧٨هامش ٣ .

الدكتور عصام البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية - ١٩٧١ - ص ١١٣.

١٥ - الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب : المرجع السابق ص ٢٠٢ .

المبحث الثاني
أساس السلطة التقديرية

يذهب جانب من الفقه إلى أن السلطة التقديرية هي إستثناء يرد على مبدأ المشروعية لموازنته أو للتخفيف من آثاره ، في حين أن السلطة التقديرية هي في حقيقة الأمر وسيلة لتطبيق القانون ومن ثم الإلتزام بمبدأ المشروعية مثلها في ذلك مثل السلطة المقيدة تماما . غاية الأمر أن المشرع قدر أن منح قدر من حرية التصرف للإدارة في موضوع ما هو إجدى وأنفع لتحقيق الهدف من هذا الموضوع مما لو قيدها بتوقيت أو أسلوب معين للتصرف بشأنه ، وبالتالي فإنه يتخلى عن تحديد نشاط الإدارة بشأن هذا الموضوع كله أو في بعض جوانبه ، تاركا للإدارة حرية التصرف والتقدير بموجب خبراتها الخاصة ، سيما وأن إعتبارات تغيير الظروف وتطورها المستمر ، تجعل تنظيم كل دقائق نشاط الإدارة بقواعد تفصيلية محددة سلفا أمرا متعذرا للغاية .

ولذلك فإننا نرفض ما ذهب إليه البعض في تفسيره لمبدأ المشروعية ومدى سيادة القانون بأنه لا يتحقق إلا بتضييق السلطة التقديرية ، بحيث لا يمارس أي شخص تصرفا نيابة عن الدولة وبما لها من سلطة ، إلا بالإستناد إلى قاعدة قانونية معروفة على نحو ما ، ترخص له القيام بهذا التصرف . (١٦) إذ أنه وفقا لهذا الرأي فإن خضوع الإدارة للقانون يعني أنه يجب أن تكون تصرفات الإدارة مجرد تنفيذ أو تطبيق لقاعدة تشريعية عامة قائمة عند مباشرة التصرف ، لكي يصبح هذا التصرف مشروعا.

فمن الواضح أن هذا الرأي يتطرف في تقييد تصرفات الإدارة لحد بعيد ، إذ يجعل منها مجرد أداة لتنفيذ القانون ، وهو بهذا يسلبها القدرة على الإبتكار

١٦- قال بهذا الرأي الفقيه الانجليزي "DICEY" في مؤلفه : القانون الدستوي - الطبعة الأولى - ١٨٨٥ ، ففي تقديره أن فكرة القاعدة القانونية تعني ضمن ما تعنيه سيادة القانون على نحو يحول دون تخويل الحكومة أية سلطة تحكمية أو امتياز أو تقدير مطلق ، ولذلك فانه يذهب الى تعريف سيادة القانون تعريفا يرتكز على ثلاثة أمور أساسية هي التمسك بالتزام حدود القانون الصادر من البرلمان ، وتاكيد الوضع المتميز للحريات المتولدة عن الشريعة العامة ، وأخيرا انكار السلطة التقديرية وتاكيد رقابة القضاء في مقابلها ، وهذا العنصر الأخير هو أهم ما يميز نظرية " داسي " حيث يؤكد فيها أن سيادة القانون تعارض كل نظام =

ويجردها من عنصر الإستقلال في مباشرة بعض التصرفات ، وذلك عن طريق تفسير مبدأ المشروعية تفسيرا واسعا للغاية بضغط سلط الإدارة وتضييق بل وشل حرية الإدارة في التصرف . (١٧)

ولذلك ذهب البعض بحق إلى عكس هذا الرأي بالقول أن الخضوع للقانون " لا يحجب ما تتمتع به الهيئات العامة من سلطة التقدير الحر لكثير من تصرفاتها حتى تتمكن من حسن أداء وظائفها وحتى لا ينقلب نشاطها آليا يعطل سير المرافق العامة ويصم القانون بالجمود والتخلف " (١٨) .

وعليه فإن خضوع الإدارة للقانون – وفقا للراجح فقها – وإن كان يستلزم أن تستند الإدارة في كل تصرفاتها إلى أساس من القانون بأن يكون تصرفها مبنياً على قاعدة قانونية قائمة تجيز للإدارة التصرف ، إلا أنه يكفي أن يكون هذا التصرف متفقا مع القانون أو بالأحرى غير مخالف للقانون لكي يكون مشروعا .

ومعنى ذلك أنه إذا كانت الإدارة لا تملك سلطة إتخاذ أي قرار أو عمل ما لم يمنحها القانون حق إتخاذه ، إلا أنه يمكن للإدارة – وفقا لموقف المشرع – أن تتمتع بحرية التقدير في بعض الحالات ، تستطيع بمقتضاها تقدير ملاءمة ومناسبة الأعمال والقرارات التي تتخذها فتحجم عنها أو تتخذها على نحو ما تراه ملائما .

= سياسي مؤسس على ممارسة الأشخاص الذين في الحكم سلطات من القهر واسعة وتحكمية وتقديرية .

ويرى " داسي " أن القانون يتميز تماما عن الادارة – بمعناها الموضوعي – فالقانون هو مجموعة من قواعد خاصة تطبقها المحكمة العادية ، في حين أن الادارة تعني السلطة التقديرية والتحكم الوظيفي ، لذا عرف " دايسي " سيادة القانون بأنها السمو المطلق بالمقابلة لتأثير السلطة المتحكمة وهي لذلك تستبعد وجود التحكم أو الامتياز أو حتى السلطة التقديرية الواسعة من جانب الحكومة .

لمزيد من التفاصيل حورل آراء " دايسي " راجع :

الأستاذ الدكتور سعد عصفور : القانون الدستوري – الطبعة الأولى – ١٩٤٥ ص ٢٨ وما بعدها .

١٧- الأستاذ الدكتور كامل ليلة : المرجع السابق ص ١٩ ..

١٨- الأستاذ الدكتور طعيمه الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون – ١٩٧٦ – الطبعة ٣- ص ١٦ .

ومن هنا يمكن التأكيد على أن الأساس الشرعي للسلطة التقديرية للإدارة إنما يتمثل في مبدأ المشروعية وسيادة القانون ، فالشخص الذي يباشر سلطته التقديرية للإدارة في تطبيق القانون لا يستمد هذه السلطة من ذاته ، ولكنه يستمدها من القاعدة القانونية المرنة التي يقوم بتطبيقها ، فالسلطة التقديرية تظهر بمناسبة تطبيق قاعدة قانونية ، وتباشر في حدود هذه القاعدة ، وبالتالي فإن مباشرة هذه السلطة تخضع دائما لمبدأ المشروعية وسيادة القانون .

ومباشرة الإدارة لسلطتها التقديرية في تطبيق بعض قواعد القانون لا يعني عدم خضوعها لأية رقابة من أي نوع كان ، إذ أن مثل هذه السلطة الإستبدادية المطلقة لا وجود لها ولا يمكن الإعتراف بها لأية جهة ولا للمشرع نفسه ولا للأفراد العاديين في تنظيم علاقاتهم الخاصة ، فعندما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تطبيق القانون ، فإنها لا تباشر في ذلك سلطة مطلقة ، ولكنها تخضع لمبدأ المشروعية ، وتخضع كذلك لرقابة القضاء وهو الأمين على هذا المبدأ على نحو ما سنحدده لاحقا .

وهكذا فإن الإعتراف للإدارة بهذه السلطة التقديرية يؤكد أن الدولة التي إعترفت بها هي دولة قانونية ، ويثبت إعتناقها لمبدأ المشروعية وسيادة القانون ، إذ من البديهي أنه في الدولة غير القانونية أو بالأحرى الإستبدادية ، يكون للإدارة فيها سلطة واسعة غير مقيدة ، ولكنها ليست سلطة تقديرية وإنما هي سلطة تحكمية ، حيث لا توجد قواعد قانونية تتولى الإدارة تطبيقها ، وبالتالي لا يكون هناك مجال لمبدأ المشروعية وسيادة القانون ، وإنما يكون الباب مفتوحا على مصراعيه للتحكم والأهواء ولو تم ذلك تحت ستار العدالة أو بإسم المصلحة العامة أو تطبيقا لأي فكر أو مذهب أو أيديولوجيه .

والخلاصة أن السلطة التقديرية هي حقيقة واقعة ، وهي أمر لا غنى عنه للإدارة التي أصبحت في الوقت الحاضر إدارة خدمات ، حتى تتمكن من أداء وظيفتها على أكمل وجه تحقيقا للمصلحة العامة . وليس في ذلك أي إضرار بحقوق الأفراد وحرياتهم ، خاصة مع حرص المشرع والقضاء على عدم الإعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة إلا بالقدر اللازم والضروري لتحقيق أهدافها دون أية تضحية بحقوق الأفراد وحرياتهم

الفصل الثاني
مجال السلطة التقديرية

أشرنا سلفا إلى أن غالبية القرارات الإدارية إنما تجمع بين السلطتين التقديرية والمقيدة ، وفي هذا الصدد يمكن القول بأن الإختصاص المقيد بالكامل هو أمر في غاية الندرة ، وهو الإستحالة بعينها ، وأن الأصل هو السماح للإدارة بقدر من حرية التقدير يختلف ضيقا أو إتساعا بحسب الظروف والإعتبارات التي يقدرها القانون ، بينما يكون الإختصاص المقيد هو الإستثناء . (١٩) .

ولذلك فإن كل عمل إداري إنما يحتوي في الواقع على قدر من السلطة التقديرية والإختصاص المقيد معا ، وقد تصل السلطة التقديرية أحيانا في إطلاقها إلى حد بعيد ، وقد تتضاءل أحيانا أخرى لحد شديد بحيث تطغى عليها فكرة الإختصاص المقيد ، ولكن يتعذر القول بوجود عمل يحتوى على سلطة تقديرية مطلقة أو إختصاص مقيد خالص ، ومن هنا يلزم أن نبين بدقة متى يمكن تقييد العمل أو القرار الإداري ، ومتى يجوز إطلاق الحرية للإدارة في شأنه وفي أي من عناصره حتى يتسنى معرفة المجالات التي تظهر فيها السلطة التقديرية للإدارة في صدد القرارات الإدارية .

وقد إنتهينا في الفصل التمهيدي من هذا البحث إلى أن للقرار الإداري بالإضافة إلى ركن الإرادة فيه خمسة عناصر هي : الشكل والإختصاص والسبب والمحل والغاية وهي عناصر تتصل بشروط صحة القرار ومشروعيته ومن ثم تكون مجالا للتقيد أو للتقدير بحسب موقف المشرع منها بخلاف ركن الإرادة ، وعليه نتعرض لكل منها بالدراسة لتحديد مدى سلطة الإدارة بشأن كل منها .

المبحث الأول
عنصر الشكل

عرفنا سلفا عنصر الشكل في القرار الإداري بأنه يعني المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها والإجراءات التي تتبعها في

١٩- الأستاذ الدكتور كامل ليلة : المرجع السابق - ص ٧٢ .

إصداره ، ومن ثم فهو قواعد تحدد كيفية ممارسة الإدارة لسلطتها في إصدار القرار الإداري . وتبين المظهر الخارجي لإرادة السلطة الإدارية بغض النظر عن موضوع هذه الإرادة .

والأصل أن الإدارة غير مقيدة في الإفصاح عن إرادتها بشكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك بأن إستلزم – مثلا – كتابة القرار أو إستوجب لإصداره إتخاذ إجراءات محددة ، أما إذا لم يتدخل القانون في هذا الشأن ، فإن كل ما يحمل معنى إتجاه إرادة الإدارة إلى إحداث أثر قانوني ، إنما ينطوي على قرار إداري . (٢٠) .

ولذلك فقد يكون القرار الإداري مكتوبا وقد يكون شفويا ، كما قد يكون إيجابيا ، وقد يكون سلبيا وذلك بسكوت الإدارة أو إمتناعها عن إتخاذ عمل أو قرار كان يجب عليها إتخاذه ، فإذا رتب القانون على هذا السكوت أو الإمتناع أثرا قانونيا معينا ، فإنه يعتبر بمثابة القرار الإداري السلبي ، ومثال ذلك إعتبار الإستقالة المقدمة من الموظف العام مقبولة بعد مضي شهر من تاريخ تقديمها إذا سكتت الإدارة عن الرد عليها صراحة (٢١) . وإعتبار فوات ستين يوما على تقديم تظلم إلى جهة الإدارة التي أصدرت القرار أو السلطات الرئاسية دون أن تجيب عليه تلك السلطات المختصة بمثابة رفض للتظلم (٢٢) .

والإفصاح عن الإرادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا مثلما هو الشأن بالنسبة للقرارات السلبية ، وعموما في أي حال لا يدع مجالا للشك في حقيقة ما إتجهت إليه الإدارة ، بأن كان القرار يحمل في طياته الدليل القاطع الواضح على إتجاه إرادة الإدارة في شأن موضوعه ، أو إذا كانت وقائع وإجراءات تنفيذ القرار الإداري كافية للدلالة على إتجاه إرادة الإدارة إلى ترتيب الأثر القانوني عليه كما لو تم القبض على شخص دون أن يكون هناك قرار صريح بذلك فإن هذا التصرف – القبض عليه – له دلالة واضحة على قصد الإدارة ومن ثم يكون

٢٠- حكم محكمة القضاء الإداري في ش١٢/٧ / ١٩٤٨ قضية رقم ١٩٤ لسنة ٢ ق ، المجموعة السنة الثالثة بند ٢٩ ص ١٣٨

٢١- راجع المادة ٧٢ من القرار بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة في مصر .

٢٢- راجع المادة ٥٤ من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

هذا التصرف له كل مقومات القرار الإداري كتصرف متجه إلى أحداث أثر قانوني هو القبض على هذا الشخص (٢٣) .

وقد يوجب القانون على جهة الإدارة أن تتخذ بعض الإجراءات التمهيدية أو التحضيرية السابقة على إتخاذ القرار ، فمثلا في خصوص تأديب الموظفين قد يتطلب القانون ضرورة إعلان صاحب الشأن لسماع أقواله والترخيص له بالإطلاع على بعض الأوراق والتحقيق معه لسماع دفاعه والتحقق منه وذلك تمهيدا لإتخاذ القرار التأديبي ,وقد يتطلب القانون الإلتجاء لإجراءات معينة مثل إستمارة بعض الجهات الفنية أو القانونية أو الغالية قبل إتخاذ القرار . وكذلك الأمر إذا إشترط القانون منح مهلة زمنية للأفراد قبل إصدار القرارات المتصلة بهم أو إذا إشترط القانون على الإدارة ضرورة إتخاذ إجراءات معينة لإبلاغ الجهة الطبية المختصة لتوقيع الكشف الطبي على الموظف الذي يبلغ بمرضه وينقطع عن العمل لهذا السبب (٢٤) .

فإذا خالفت الإدارة القانون ولم تلتزم بما يتطلبه من أشكال أو إجراءات عيب في شكله ، ومع ذلك فإن القضاء الإداري .. كما يشير الفقه - لا يحكم ببطلان القرار وإلغائه في هذه الحالة إلا إذا إتصل هذا العيب بشكل جوهري وذلك إذا وصفه القانون بذلك أو إذا رتب البطلان جزاء لمخالفته ، أو كان له أثر على مسلك الإدارة وهي تحدد مضمون القرار ، أو كان مقررا لحماية مصالح المخاطبين بأحكام القرار الإداري . وعدا ذلك من شكليات وإجراءات فإنها تكون ثانوية لا يؤثر تلفها على صحة القرار . كما إذا كان الشكل أو الإجراء مقررا لمصلحة الإدارة ذاتها (٢٥) .

وتقدير ما إذا كان الشكل أو الإجراء جوهريا أم ثانويا يرجع إلى القضاء الإداري نفسه وذلك في كل حالة على حدة بحسب ظروفها الخاصة (٢٦) .

٢٣- حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٧/٤/١٣ قضية رقم ١٥١٧ لسنة ٢ ق المجموعة السنة ٢ بند ٩٣ - ص ٨٨٦ .

٢٤- المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات في ١٩٨١/٥/١٩ قضية ٥٢ لسنة ٢ ط.م.

٢٥- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٣/٦/١٥ قضية رقم ٨٨١ وقضية رقم ١٤٢٠ لسنة ٧ ق، المجموعة السنة ٨ بند ١٢٣ ص ١٢٩٧ .

الأستاذ الدكتور مصطفي أبو زيد فهمي : المرجع السابق ص ٤٨٤ وما بعدها .

٢٦- راجع حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٣/٣/٢٤ قضية رقم ٧٩٣ لسنة ٦ ق، المجموعة السنة ٧ بند ٤٣٥ ص ٧٣٧ . والدكتور محمد فؤاد عبد الباسط : المرجع السابق ص ٨٥ .

والخلاصة أنه إذا حدد القانون أشكال أو إجراءات محددة يلزم إتباعها عند إصدار القرار الإداري فإن سلطة الإدارة بصدد هذا العنصر تكون مقيدة بضرورة إتباع هذه الأشكال وتلك الإجراءات والتي يحرص المشرع على تحديدها دوما على نحو دقيق لا يسمح بأية حرية في التقدير – وإلا تعرض قرارها للإلغاء لتعيبه بعيب الشكل .

أما إذا تخلى المشرع عن تحديد أية إجراءات أو شكليات لإصدار قرار إداري معين فإنه يكون للإدارة سلطة تقديرية في إتباع وإختيار شكليات معينة أو حتى عدم إتباع أي نوع من الشكليات .

المبحث الثاني

عنصر الإختصـــاص

يمكن القول بأنه بالنسبة لعنصر الإختصاص في القرار الإداري ، فإن السلطة الإدارية لا تملك أية حرية في التقدير بشأنه ، فليس هناك من قاعدة قانونية منظمة لأحد أوجه النشاط الإداري إلا وتحدد الشخص أو الجهة الإدارية المختصة بممارسة هذا النشاط أو إصدار القرارات المتعلقة به ونوعها ، ولذلك فإن صدور مثل هذه القرارات من شخص إداري آخر غير الذي حددته قاعدة القانون يعني إنتهاكا لعنصر الإختصاص ، ويشوب القرار عيب عدم الإختصاص . وهو ما يفيد عدم التمتع بممارسة سلطة معينة سواء كانت هذه السلطة تقديرية بالكامل أو تقديرية في جزء منها أو كانت مقيدة بالكامل أو مقيدة في جزء منها ، وهذا يعنى أن لا علاقة بالمرة بين عنصر الإختصاص من ناحية وفكرة السلطة التقديرية أو السلطة المقيدة من ناحية أخرى(٢٧)

وأساس ذلك أن الإختصاصات المحددة لكل سلطة ليست حقوقا قابلة للتصرف فيها بغير قيود ، فالإختصاص الذي يتقرر لجهة إدارية معينة يراعي فيه ضمانات

٢٧- الدكتور عصام البرزنجي : المرجع السابق ص ٢٢٥ .

خاصة تكفل قيام هذه الجهة بمباشرة ذلك الإختصاص على نحو يحقق أهدافه ويؤمن الأفراد ضد المساس بحقوقهم إلا بالقدر الذي تقتضيه المصلحة العامة ، ولذلك فإن النصوص المحددة للإختصاص هي نصوص آمرة ، ومن ثم فإن الإختصاص لا يفترض ، كما أنه إذ يثبت بنص معين لا يجوز التوسع فيما ورد به النص أو الإجتهاد في مجاوزة نطاقه(٢٨) .

ولذلك إستقر القضاء الإداري على أنه إذا تخلى القانون عن تنظيم إختصاص إداري معين بأن لم يعهد به إلى جهة إدارية محددة أو موظف معين ، فإن الجهة التي تختص بذلك هي الجهة أو الموظف الذي يتفق هذا الإختصاص مع واجبات وظيفته .

وقد أشرنا سلفا إلى أنه يقصد بالإختصاص صلاحية موظف معين أو جهة إدارية محددة في إتخاذ قرار إداري معين تعبيرا عن إرادة الإدارة . وتتحدد هذه الصلاحية بموجب أحكام القانون أو وفقا للمبادئ القانونية العامة .

والقواعد القانونية التي تحدد إختصاصات موظفي الإدارة والهيئات الإدارية تعنى أولا بتحديد العمل أو التصرف موضوع الإختصاص والذي سينصرف إليه القرار الإداري مثل موضوعات : حماية الأمن العام - أبعاد الأجانب - إبرام العقود - تعيين الموظفين - نزع الملكية ..... إلخ . ثم تتولى قواعد الإختصاص تعيين الشخص أو الأشخاص الإدارية التي تملك الصلاحية القانونية في التعبير عن إرادة الإدارة في شأن هذا الموضوع ، ولذلك قد يملك هذه الصلاحية موظف أو جهة إدارية واحدة وقد يشترك في هذه الصلاحية أكثر من موظف أو جهة بحيث يمكن لكل منهم أن يمارس وحده هذا الإختصاص أو يشتركون جميعا في إصدار القرار فلا يجوز لواحد منهم ممارسة الإختصاص وحده دون موافقة الآخرين . مع ملاحظة أن ممارسة الإختصاص تشمل إصدار القرار وأيضا تعديله ونقضه بإلغائه أو سحبه .

٢٨- على أن ايلاء السلطة الإدارية اختصاصات معينة لا يمكن أن يحقق أهدافه المنشودة إذا ألزمنا كل صاحب اختصاص ، وخاصة في قمة الجهاز الإداري ، بأن يباشر الاختصاص بنفسه ، فقد يقتضي الأمر أن يفوض صاحب الاختصاص بعض اختصاصه الى آخرين ليكون أكثر انتاجا في ادارته وليحقق بدرجة أوفى أهداف الادارة الصحيحة . ومن هنا يهتم المشرع دوما بتنظيم حالات التفويض والانابة والحلول في الاختصاصات والتي يشترط فيها جميعا الأستناد الى نص مما يؤكد انتفاء السلطة التقديرية تماما بشأن عنصر الاختصاص

وأخيرا تعني قواعد الإختصاص القانونية بتحديد الأفراد المخاطبين بأحكام القرار الإداري والذين ينصرف إليهم آثار القرار فيحملهم بالحقوق والإلتزامات .

كما سبق لنا التمييز بين عيب إغتصاب السلطة وهو عيب يشوب ركن الإرادة في القرار الإداري ويؤدي إلى إنعدام القرار الإداري لإنعدام إرادة السلطة الإدارية فيه ، وعيب عدم الإختصاص الذي يعني أنه في داخل السلطة الإدارية تتوزع الإختصاصات بين موظفي الإدارة والجهات الإدارية المختلفة داخل الإدارة ومن ثم فإذا إعتدى موظف أو إعتدت جهة إدارية على إختصاص موظف آخر أو جهة إدارية أخرى ، فإنه يلحق بالقرار الإداري المتصل بهذا الإختصاص عيب عدم الإختصاص والذي يؤدي إلى قابلية هذا القرار للإلغاء لعدم مشروعيته .

وبناء على ما تقدم يمكن تحديد أحوال عدم الإختصاص بما يلي :

(أ) عدم الإختصاص الموضوعي : وهو يتحقق إذا أصدرت جهة إدارية قرارا في موضوع لا تملك قانونا صلاحية إصدار قرار بشأنه فإنه يدخل في إختصاص جهة إدارية أخرى سواء كانت جهة موازية لها في المستوى والدرجة كإعتداء الوزير على إختصاص نهائي لوكيل الوزارة أو رئيس إحدى المصالح التابعة له ، أو جهة إدارية أعلى منها كإعتداء مدير عام لإحدى الإدارات على إختصاص منعقد لوكيل الوزارة أو للوزير .

(ب) عدم الاختصاص المكاني : وهو ما يتحقق عندما يصدر أحد موظفي السلطة الإدارية قرارا يتجاوز به الدائرة أو النطاق الإقليمي الذي له أن يمارس فيه إختصاصاته ، ومن ثم الإعتداء على إختصاص الموظف أو الجهة التي يتبعها المكان الذي صدر بشأنه القرار الإداري كأن يصدر محافظ إقليم معين قرار يسري على إقليم آخر مجاور أو متاخم لإقليمه ، أو أن يصدر عن حكومة إمارة معينة – في دولة الإمارات مثلا – قرارا يسري على الإمارة المجاورة لها . والواقع أن مثل هذا العيب نادر الوقوع نظرا لأن الحدود الإقليمية تكون دائما على درجة كبيرة من الوضوح مما يجعل الدائرة المكانية للإختصاص واضحة لدرجة لا تسمح بالتداخل أو التضارب.

(جـ) عدم الإختصاص الزماني : وهو ما يحدث إذا باشر موظف ما إختصاصه في إصدار قرارات إدارية معينة قبل أو بعد تحقق صلاحيته القانونية في إصدار هذا القرار ، كأن يصدر وكيل الوزارة قرارا تأديبيا

ضد موظف قبل أن يتم تعيينه أو ترقيته بصفة نهائية إلى درجة وكيل الوزارة ، أو أن يصدر هذا القرار بعد إنتهاء خدمته بالإستقالة مثلا أو فصله منها .

ففي هذه الأحوال جميعها يشوب القرار الإداري عيب عدم الإختصاص فيجعله قابلا للإبطال - بالرغم من وجوده - بحيث إذا طعن ضده بالإلغاء جاز للقاضي الإداري الحكم بإلغائه بعد التحقق من عدم مشروعيته لمخالفته قواعد الإختصاص .

ونتيجة لإنعدام حرية التقدير بصددعنصر الإختصاص فإن هذا العنصر يعد من النظام العام ،بمعنى أنه لا يجوز الإتفاق على مخالفته بين الجهات الإدارية والأفراد ذوي المصلحة ، كما لا يجوز التنازل عن التمسك بهذا العيب من قبل الأفراد أو تصحيح القرار بإجراء لاحق من قبل الإدارة كالإجازة أو التصديق من جانب المختص أصلا بإصدار القرار .

وأخيرا يملك القاضي أن يتصدى من تلقاء نفسه بإثارة هذا العيب وفحصه دون إشتراط طلب أحد الخصوم لذلك ، كما أن حالة الاستعجال لا تبرر للإدارة مخالفة قواعد الإختصاص ما لم تصل هذه الحالة إلى مرتبة الظروف الاستثنائية ومن ثم تتحول إلى حالة ضرورة تبرر هذه المخالفة تحت رقابة القاضي .

المبحث الثالث
عنصر السبب

عرفنا السبب قبلا بأنه مجموعة العناصر الواقعية والقانونية التي تسمح للإدارة بالتصرف وإتخاذ القرار الإداري . فالسبب في توقيع جزاء تأديبي هو الجريمة التأديبية التي يرتكبها الموظف العام ، والسبب في قرار تعيين أحد الأفراد في وظيفة عامة هو خلو هذه الوظيفة ممن يشغلها وحاجة الإدارة إلى شغلها تحقيقا للصالح العام ، والسبب في قرار تفريق مظاهرة هو الإخلال أو التهديد بإخلال يلحق بالنظام العام .

ويلزم لصحة ومشروعية عنصر السبب في القرار الإداري أن تكون الأسباب التي إستندت إليها الإدارة للتدخل وإصدار القرار الإداري ، محققة الوجود بأن تكون أسباب حقيقية وليست وهمية أو صورية (٢٩) ، وأن يؤدى الوصف القانوني لهذه الأسباب أو بمعنى آخر تكييفها القانوني ، إلى النتيجة التي يهدف إليها القرار الإداري (٣٠) .

فمثلا لصحة قرار صادر بتأديب موظف وتوقيع جزاء تأديبي عليه ، يلزم أن يقع من هذا الموظف وقائع مادية يمكن تكييفها قانونا بأنها " جريمة تأديبية " ومن ثم تستوجب توقيع جزاء تأديبي عليه .

والأصل أن الإدارة ليست ملزمة بذكر سبب القرار صراحة ، إذ يفترض دوما أن القرار قد بني على سبب صحيح وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك (٣١) ،

٢٩- راجع حكم محكمة القضاء الإداري بمصر في ١٩٤٩/٢/٢٤ قضية رقم ٧٩ لسنة ٢ ق ، المجموعة السنة ٣ بند ١٠٨ ص ٣٨٥ .

٣٠- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٧٣/١٢/٣٠ قضية رقم ٨٣٨ لسنة ١٥ ق، مجموعة الخمسة عشر عاما الجزء ص ٨٢٤ . وحكمها في ١٠٦٦/١٢/١٧ قضية ١٥٧١ لسنة ٧ ق . المجموعة السنة ١٢ ص ٣٩٧ .

٣١- راجع حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٩/٦/٧ قضية ٦٥٠ لسنة ٢ق ، المجموعة السنة ٣ بند ٥٤ ص ٩٣٢.

هذا ويلزم ملاحظة ضرورة التفرقة بين وجوب تسبيب القرار الإداري كاجراء شكلي يتطلبه =

على أنه إذا ألزم القانون جهة الإدارة بضرورة تسبيب قراراتها في موضوع معين ، فيجب على الإدارة أن تذكر هذا السبب صراحة في قرارها ، كما في حالة رفض الإدارة منح تراخيص حمل السلاح أو إلغائها . ومن ناحية أخرى فإذا لم تكن الإدارة ملزمة بذكر سبب القرار ولكنها أفصحت عنه ، فيلزم أن يكون هذا السبب صحيحا ، وتخضع الإدارة في ذلك لرقابة القضاء للتعرف على مدى صحتها من الوجهة الواقعية ومن جهة مطابقتها للقانون نصا وروحا . (٣٢) وفي حالة تعدد الأسباب ، وكان بعضها غير مشروع ، تعين النظر إلى مجمل الأسباب كوحدة واحدة تؤدي بالقول إلى البطلان لعدم مشروعية السبب . (٣٣)

وتنقسم أسباب القرار الإداري إلى أسباب واقعية وأخرى قانونية ، ويقصد بالأسباب الواقعية الحالات أو الأعمال أو الوقائع الحالة أو المستقبلية التي يشترط القانون قيامها حتى يمكن للإدارة إصدار قرارها الإداري بشأنها ، ومثل ذلك الطلب الذي يتقدم به الفرد للتعيين في وظيفة عامة أو طلب الموظف إحالته إلى التقاعد ، أو واقعة تغيب الموظف عن العمل بدون إذن أو عذر مما يمثل خطأ تأديبيا ، وإتلاف أو تخريب المال العام مما يعد إخلالا بالنظام العام ، كما يدخل ضمن الأسباب الواقعية أيضا الصفات المحددة التي تلحق بفرد أو شئ مثل صفة العوز لمن يتقدم بطلب المساعدة ، أو الصفة الأثرية لأحد المباني .

= القانون وبين وجوب قيام القرار على سبب يبرره ، فعدم تسبب القرار الواجب تسبيبه قانونا يجعل هذا القرار معيبا بعيب شكلي ، أما إذا لم يكن القانون يلزم الادارة بتسبيب قرارها فان عدم التسبب لا يجعله معيبا شكلا اذ يفترض فيه ابتداء قيامه على سبب صحيح .

راجع حكم المحكمة الاد ارية العليا في ١٩٥٨/٧/١٢ قضية رقم ٥٨ لسنة ٤ ق ، المجموعة السنة ٣ ص ١٧٢٩ .

٣٢- راجع حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٩/٢/١٦ قضية ٣٥٨ لسنة ٢ ق، المجموعة السنة الثالثة بند ٩٨ ص ٣٤٨ . غير أنه يلزم ملاحظة أن دور القضاء الإداري يقتصر على مراقبة صحة السبب الذي تستند اليه الادارة في اصدار قرارها ، فلا يسوغ له أن يتعداه الى ماوراء ذلك بافتراض أسباب أخرى يحمل عليها القرار - المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٧/١٠/٢١ قضية رقم ٦٢٥ لسنة ١١ ق ، المجموعة ١ لسنة ١٣ ص ٦ .

٣٣- المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٩/٥/٢٤ قضية رقم ٢١ لسنة ١٠ ق ، المجموعة السنة ١٤ ص ٧٢٥ ، وحكمها في ١٩٦٨/٣/٢٣ قضية رقم ٣٧٥ لسنة ١١ ق المجموعة السنة ١٤ ص ٧٢٥ ، وحكمها في ١٩٥٧/١١/٩ قضية رقم ٩٠٦ لسنة ٣ ق ، المجموعة ٣ بند ٨ ص ٦٦ .

أما الأسباب القانونية فهي تتمثل في أمرين ، أولهما وجود قاعدة قانونية مشروعة تحكم الموضوع محل القرار الإداري وتجيز للإدارة التدخل في هذا الموضوع بقرارها الإداري ، ومن ثم فهي تمثل الأساس القانوني للقرار ، وثانيهما أن يتم تكييف الأسباب الواقعية تكييفا قانونيا صحيحا وفقا لهذه القاعدة القانونية بمعنى أن يكون الوصف القانوني الذي تسبغه الإدارة على الواقعة التي دفعتها للتدخل إصدار القرار الإداري وصفا صحيحا قانونا ، ومثال ذلك تكييف واقعة تغيب الموظف بأنها من الأخطاء التأديبية ، وتكييف واقعة إتلاف وتخريب المال العام بأنها إخلال بالنظام العام .

ولا يجوز للإدارة أن تصدر قرارها الإداري دون إستناد إلى أسباب محددة ، بمعنى أن عدم توافر الأسباب التي تدفع الإداري إلى إتخاذ القرار الإداري ، أو بالأحرى إنعدام أسباب القرار الإداري يؤدي إلى بطلان القرار الإداري ، وهو ما يعني أنه ليست للإدارة أية سلطة تقديرية في هذا الصدد ، إذ لا بد من قيام القرار على سبب ، وللقضاء أن يفحص الواقعة التي تقيم عليها جهة الإداري قرارها ليتأكد مما إذا كانت هذه الواقعة قائمة فعلا أو غير قائمة (٢٤) .

فإذا ما توفرت الأسباب الكافية لتدخل الإدارة بإصدار قرارها الإداري فهنا قد يكون للإدارة حرية في تقدير التدخل أو عدم التدخل ، وذلك إذا ما كان المشرع قد آثر أن يترك للإدارة حرية تقدير التدخل أو عدم التدخل ، وذلك إذا ما كان المشرع قد آثر أن يترك للإدارة حرية تقدير ما إذا كانت الأسباب الواقعية تبرر تدخلها بإصدار القرار الإداري أم لا ، فيكون للإدارة حرية تقرير أهمية الوقائع أو بالأحرى قيمة السبب وكفايته .

والأصل أنه ليس للقضاء سوى التثبت من الوجود المادي للوقائع التي دفعت الإدارة إلى إتخاذ القرار ، غير أنه إذا تدخلت الإدارة إستنادا إلى هذه الوقائع وأصدرت قرارها الإداري فللقاضي أن يتثبت أيضا من صحة الأسباب القانونية بما في ذلك الوصف القانوني أو التكييف الذي أسبغته الإدارة على هذه الوقائع

٢٤- المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٨/٧/١٢ قضية رقم ٥٨ لسنة ٤ ق ، المجموعة السنة ٣ ص ١٧٢٩ ، وحكمها في ١٩٦٩/٥/٣ قضية رقم ١٤٦٧ لسنة ١٢ ق ، المجموعة السنة ١٤٠ ص ٦٦٢ – وراجع أيضا حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٦/١/٢٩ قضية رقم ٤٠٧ لسنة ٦ ق ، المجموعة السنة ١٠ ص ١٤٧ .

المادية ، كتكييف واقعة تغيب الموظف بأنه من الأخطاء التأديبية ، وتكييف واقعة إتلاف أو تخريب المال العام بأنها إخلال بالنظام العام (٣٥) .

وعليه فإنه إذا تحقق القضاء من عدم قيام الحالة الواقعية ، أو عدم صحتها أو عدم صحة تكييفها القانوني ، فإنه يقضي بإلغاء القرار الإداري لعيب السبب ، أما لإنعدام السبب أو لعدم صحته (٣٦) .

٣٥- المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٦/١/٥ قضية ١١٣٤ لسنة ٢ ق ، المجموعة السنة ٢ ص ٣١٥ . وفي الامارات راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا في ١٩٨١/٥/١٩ – سالف الذكر .

٣٦- يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قد جرى على التفرقة بين الأسباب الجوهرية الدافعة للقرار والتي ماكان للقرار أن يقوم الا بها ، وبين الأسباب القانونية أو الاضافية والتي ماكان وجودها أو غيابها ليؤثر على تدخل الادارة واصدار القرار ، حيث يبطل القرار في الحالة الأولى دون الثانية .

واجع الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط : المرجع السابق ص ٩٠ . على أنه لتقدير ما إذا كان السبب الذي أستندت اليه الادارة في تدخلها يعتبر ثانويا يتعين أن يثبت ذلك بوضوح من أوراق الدعوى والا اعتبرت الأسباب جميعها جوهرية ودافعة .

المبحـــث الرابـــع
عنصـــر المحـــل

عرفنا محل القرار الإداري بأنه مضمون الأثر القانوني الذي ينتج عنه حالا ومباشرة ، وميزنا بينه وبين إشتراط أن تتجه إرادة السلطة الإدارية إلى إحداث أثر قانوني معين كأحد شروط ركن الإرادة في القرار الإداري .

ولكي يكون القرار الإداري صحيحا من حيث عنصر المحل فيه ، يلزم أن يكون هذا المحل جائزا قانونا ، فالإدارة عندما تريد أن ترتب أثرا قانونيا معينا من خلال ما تصدره من قرارات عليها أن تلتزم جانب القواعد القانونية التي تصدر قراراتها بالإستناد إليها فلا تخالفها أو تخرج عليها ،

ومخالفة محل القرار للقانون لا تقتصر على مخالفة التشريع الصادر عن السلطة التشريعية فحسب وإنما تمتد إلى أية مخالفة لقاعدة قانونية سواء كانت دستورية أو تشريعية أو لائحية أو عرفية أو مستمدة من المبادئ القانونية العامة ، فكلها مخالفة للقانون بمعناه الواسع العام (٣٧) .

فقد يتجه المشرع إلى تقييد القرار الإداري من حيث المحل وذلك بحظر بعض الآثار القانونية مثلا ، كما لو صدر قرار إداري بتسليم أحد اللاجئين السياسيين إلى دولته ، فمثل هذا القرار يعتبر باطلا لمخالفة محله للقانون حيث تنص المادة ٥٣ من الدستور الحالي في مصر وكذلك المادة ٣٨ من دستور الإمارات على أن " .. تسليم اللاجئين السياسيين محظور .. " وكذلك القرارات الصادرة بإبعاد المواطنين عن البلاد ، أو بالأحرى نفيهم عنها وحرمانهم من حق الإقامة فيها ،

٣٧- يلزم ملاحظة أنه قد اصطلح في مجال دعوى الالغاء على تسمية وجه تعيب القرار من حيث عنصر المحل بعيب مخالفة القانون ، بالرغم من أن اصطلاح " مخالفة القانون " يتجاوز هذا المعنى الفني الدقيق ليصدق على كافة العيوب التي تلحق بعناصر القرار الإداري الأخرى وليس عنصر المحل فقط ، اذ أنها جميعا من شروط صحة القرار قانونا ، فإذا ما شاب عنصر منها أحد العيوب التي تنفي مشروعيتها فان ذلك يعني أنه قد خالف ما حدده القانون من شروط أو بالأحرى فانه يكون بذلك مخالفا للقانون .

فهي غير جائزة وفقا للمادة ٣٧ من دستور الإمارات والمادة ٥١ من الدستور المصري (٣٨) .

وكذلك الأمر إذا كانت هذه القواعد تفرض على الإدارة إختصاصا مقيدا في هذا الشأن بأن لم تترك لها إمكانية الإختيار بين عدة حلول ، فإنها تلتزم بمطابقة محل قراراتها مع هذه القواعد القانونية ، وبالتالي إتخاذ الإجراء المحدد في القانون وإلا كان قرارها مشوبا بعيب مخالفة القانون . (٣٩) أما إذا كانت تلك القواعد تتيح للإدارة قدرا من التقدير ، فيكفي أن تتفق قراراتها مع هذه القواعد القانونية ، وتتحقق هذه الحالة الأخيرة كلما كانت القواعد القانونية قد تركت للإدارة حرية الإختيار بين عدة حلول ، فتستطيع بذلك أن تحدد بحرية محل القرار الذي خولها القانون حق إصداره ، على أساس أن كافة الحلول المتاحة لها تعتبر جائزة ومشروعة قانونا .

ومن الجلي في هذا الصدد أن هناك ارتباطا واضحا بين عنصري السبب والمحل فالغالب أن القانون إذا إتجه إلى الإختصاص المقيد بشأن المحل فإنه يلجأ أيضا إلى تقييد سلطة الإدارة بشأن السبب بمعنى أنه يقرر أن لرجل الإدارة في مواجهة واقعية معينة سلطة إتخاذ إجراء محدد بالذات ، أي سلطة إحداث أثر قانوني معين في مواجهة طرف أو واقعة معينة ، وبذلك يتولى القانون تحديد موضوع هذا الأثر بشكل كامل . (٤٠)

وعلى العكس من ذلك فمن الملاحظ أن عدم تحديد المحل يلازم عدم تحديد السبب بحيث يمكن القول أن السلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار تتمثل في حرية إختيار السبب الذي يتفق معه محل القرار (٤١) .

٣٨- راجع أيضا حكمي المحكمة الإدارية العليا في ١٩٧٠/١/١٠ قضية رقم ٤٣٣ لسنة ١٢ق ، المجموعة السنة ١٥ ص ١١٤ ، وفي ١٩٦٦/١٢/١٠ قضية رقم ١٥٦٨ لسنة ٨ ق ، المجموعة السنة ١٢ ص ٣٤٤ .

٣٩- محكمة القضاء الإداري في ١٩٥١/٣/٢٧ قضية رقم ٣٨٥ لسنة ٣ ق ، المجموعة السنة الخامسة ص ٧٨٥ .

٤٠- محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٧/١٢/٣ قضية رقم ٩٩٥ لسنة ١١ ق ، المجموعة السنتين ١١و ١٢ ص ١٥١ ، وحكمها في ١٩٧٠/١١/١٦ قضية رقم ٢٥٢ لسنة ٢٤ ق ، المجموعة السنة ٢٥ بند ١٦ ص ١٥٠ .

٤١- الدكتور عصام البرزنجي : المرجع السابق ص ٤٦٤ .

فمثلا إذا قرر القانون أن للإدارة أن تتخذ الإجراءات للازمة لحماية النظام العام وحفظه إذا ما تعرض لأي تهديد بالخطر ، فإنه بذلك يكون قد ترك للإدارة سلطة تقديرية كاملة في تحديد محل القرار وفي تقدير أهمية الوقائع أو يمة السبب الذي يبرر إتخاذ هذا القرار وذلك نتيجة عدم وجود تحديد قانوني بالنسبة للسبب وبالنسبة للمحل في وقت واحد ، ومن ثم تكون الإدارة حرة عند إتخاذ ما تراه من قرارات فيما يتعلق بإختيار السبب وإختيار المحل ، مالم يتدخل القاضي ويفرض رقابته على هذا الإختيار لإعتبارات أخرى على نحو ما سنبينه لاحقا .

ولذلك يمكن القول أن إختصاص الإدارة يكون مقيدا في صدد عنصري السبب والمحل إذا كانت الأسباب محددة بحيث يتم تكييف الوقائع بطريقة حتمية غير إرادية وكان محل القرار هو نتيجة منطقية لتلك الأسباب وعلى العكس يكون الإختصاص تقديريا في هذا الشأن إذا كانت الأسباب وتكييفها تتم بطريقة إرادية غير آلية ، وكان محل القرار لا يترتب ، لا ضرورة ، ولا منطقا على هذه الأسباب ، وإنما يتوقف على إرادة الشخص المختص بتطبيق القانون .

ففي الحالة الأولى يكون القرار بمثابة عملية منطقية تؤدي فيها المقدمات إلى النتائج ، ويمكن مقدما معرفة القرار الذي سيتخذ ، وعلى العكس ففي الحالة تستحيل معرفة القرار قبل تدخل المختص بتطبيق القاعدة ، وهكذا فإن السلطة الإدارية يمكن مباشرتها في صدد عنصري السبب والمحل في آن واحد وهو الأمر الغالب قانونا .

المبحث الخامـــس
عنصـــر الغايـــــة

الغاية من القرار الإداري هو الهدف أو الغرض النهائي الذي تبتغيه الإدارة من اتخاذ القرار الإداري . فالقرار الإداري ليس غاية في ذاته ، بل هو وسيلة لتحقيق غرض معين هو المقصود من اتخاذه ، فالغاية من قرار صادر بنقل موظف الى جهة عمل أخرى إنما تستهدف حسن سير المرفق العام وفقا لمقتضيات العمل وظروفه واحتياجاته . والغاية من القرار باغلاق أحد محال بيع الأغذية هو توفير الصحة العامة ومن ثم كفالة النظام العام ، ولذلك فان الأهداف المحددة للوظيفة الإدارية تشكل في نفس الوقت حدودا للسلطات الممنوحة للادارة، بحيث يمكن القول في بعض الحالات ، أن الادارة قد " انحرفت " بأهدافها عن الأهداف المحددة لها ، وهو ما يشكل عيب " الانحراف بالسلطة " .

وتحديد الغاية من القرار ، يتم وفقا لقاعدتين أساسيتين :

أولاهما : أن السلطات المخولة للادارة – ومنها سلطة اصدار القرارات الإدارية – ليست غايات في ذاتها ، وإنما هي وسائل لتحقيق غاية محددة وحيدة هي تحقيق المصلحة العامة ومن ثم فان تخلف النصوص القانونية المحددة لأهداف التصرفات الإدارية ، يعني التزام جهة الإدارة باستهداف المصلحة العامة عند اتخاذ هذه التصرفات والتي من بينها القرارات الإدارية .

ثانيتهما أنه إذا تصدى المشرع لتحديد أهداف بعض أنواع القرارات الإدارية، فان الادارة تلتزم بأن تستهدف من اصدار هذه القرارات الأهداف المخصصة والمحددة لها في القانون ، فلا يكون لها أن تبتغي هدفا أخر حتى ولو كان يندرج في نطاق المصلحة العامة ، وهو الأمر الذي يطلق عليه " قاعدة تخصيص الأهداف " .

وعلى ذلك يعتبر القرار الإداري غير مشروع إذا استهدف غير المصلحة

العامة أو غير الأهداف المخصصة إذا نص القانون عليها ، وفي هذه الحالة يشوب القرار الإداري عيب " اساءة استعمال السلطة " أو كما يطلق عليه أيضا ، عيب " الانحراف بالسلطة " ، وهو ما يتحقق إذا استهدف مصدر القرار مصلحة شخصية له كالانتقام أو الاضرار بالغير أو تحقيق مصلحة مالية لنفسه أو لغيره

وعليه فمن المسلم به أن أهداف التصرف في مجال القانون العام لا تخرج عن تحقيق المصلحة العامة أو النفع العام . ولذلك تذهب غالبية الفقه الى أنه ليست هناك في القرار الإداري أية سلطة تقديرية في اختيار الهدف ، اذ يتعين أن يستهدف القرار الإداري دائما الغرض المنصوص عليه قانونا ، وفي الحالة التي يغفل فيها النص القانوني تخصيص هدف معين لكل قرار على حده ، فان الهدف لا ينبغي أن يخرج بحال عن استهداف تحقيق المصلحة العامة والا شاب القرار عيب الانحراف بالسلطة(٤٢)

ومع ذلك تساءل البعض عما إذا كان ربط نشاط الادارة بفكرة المصلحة العامة يمكن أن يجعل من سلطة الادارة سلطة مقيدة حتى في حالة عدم تحديد القانون لهدف معين ، وبمعنى آخر هل التزام الادارة العام باستهداف المصلحة العامة بمدلولها العام يكفي لاعتبار سلطة الادارة مقيدة دائما ؟ .

وردا على هذا التساؤل يرى صاحب هذا الاتجاه أنه يتعين عدم الخلط بين فكرة الاختصاص المقيد وبين ضرورة تقييد الادارة بفكرة المصلحة العامة كهدف لقراراتها وأعمالها ، وذلك لأن الفرق بين الاختصاص المقيد وكون الإدارة مقيمة باستهداف المصلحة العامة في جميع تصرفاتها هو أنه في حالة الاختصاص المقيد يوجد غرض معين ومحدد ضمن اطار المصلحة العامة بمعناها العام ، وهذه هي حالة تخصيص الأهداف . أما فيما عدا ذلك من الحالات فان الادارة لن تكون ملزمة بغرض معين بذاته من أغراض المصلحة العامة ، فقد تتمتع الادارة بسلطة تقديرية في اختيار غرض من عدة أغراض معينة ومحددة ضمن اطار المصلحة العامة ، وقد لا يحدد للادارة أية أغراض بصدد اختصاص ما ، وفي هذه الحالة فان الادارة تكون متمتعة بحرية واسعة للاختيار بين الأغراض الممكنة بشرط ألا تمارس اختصاصاتها لتحقيق أغراض شخصية أو سياسية أو عاطفية. وعلى ذلك فإذا كانت القاعدة القانونية تتضمن غرضا واحدا مخصصا، فان الاختصاص بالنسبة للهدف سيكون اختصاصا مقيدا ، أما إذا كانت هناك

٤٢- الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي : نظرية التعسف في استعمال السلطة – الطبعة الثانية -١٩٦٦- ٧٣ .

مجموعة من للأغراض نص عليها القانون ، أو كان النص القانوني يتضمن اصطلاحا عاما كاصطلاح " المصلحة العامة " أو " الأمن القومي " ، فستكون هناك فرصة للاختيار بين عدة أغراض ضمن هذه المجموعة من الأغراض المشار اليها ، وكل غرض يخرج عن هذه المجموعة يحقق دون شك حالة من حالات الانحراف بالسلطة .

الا أننا لا نتفق مع هذا الاتجاه فيما انتهى اليه من وجود سلطة تقديرية للإدارة في غير حالة " تخصيص الهدف " من قرار الإدارة ، حيث يكون للإدارة حرية الاختيار بين عدة أغراض أو أهداف مما تندرج تحت مدلول المصلحة العامة .

فالواقع أنه يلزم ملاحظة أن الهدف من التصرف الإداري ليس هو " المصلحة العامة " بذاتها ، وإنما هو " تحقيق المصلحة العامة " وعليه فإذا كانت هناك عدة أهداف من شأنها تحقيق مصلحة عامة ، فان للادارة أن تختار من بين هذه الأهداف ، ولكنها ليست مطلقة الحرية في هذا الاختيار ، اذ يتعين عليها اختيار الهدف " الأكثر تحقيقا " للمصلحة العامة . وعلى سبيل المثال فقد يكون في زيادة الموارد المالية للدولة تحقيقا للصالح العام نظرا لما يعود على المجتمع من خدمات اضافية نتيجة هذه الزيادة المالية، غير أنه إذا كانت هذه الزيادة لا تتحقق الا بتقييد بعض الحريات العامة والحقوق الفردية ، مثل حرية الصناعة والتجارة وحرية التنقل ، فقد يكون من الأجدى تحقيقا للمصلحة العامة أيضا ، الاستغناء عن تلك الزيادة المالية المتوقعة من التصرف الإداري ، في سبيل المحافظة على الحقوق والحريات العامة ، ومن ثم فليس للإدارة الاختيار بين تحقيق المصلحة المالية للدولة وبين المحافظة على الحقوق والحريات العامة في صدد تصرفاتها أو أعمالها القانونية وإنما يجب عليها المفاضلة والموازنة بينهما لتحديد أيهما أكثر تحقيقا للصالح العام ، أو بالأحرى أيهما يحقق المصلحة العامة الحقيقية فعلا ، اذ أن تعارض هذه الأهداف يعنى أن أحداهما فقط هو الذي يحقق المصلحة العامة الحقيقية في حين أن الأهداف الأخرى ليست كذلك ، فليس من المنطقي أن توجد في آن واحد مصلحتين عامتين بشأن تصرف واحد (٤٣).

ومن هذا يتضح أنه ليس للادارة سلطة تقديرية في شأن تحديد الهدف من تصرفاتها ، وهذا ما يعتنقه القضاء الإداري ، ففي حالة تخصيص هدف للادارة من تصرفها ، فانه لا يجوز اتخاذ أي من التدابير أو الاجراءات التي يجيزها الشارع " لتحقيق هدف آخر مغاير للهدف الأساسي الذي قصد اليه الشارع ولو

٤٣- الدكتور عصام البرزنجي : المرجع السابق ص ٤٩١ - ٤٩٣.

كان هذا الهدف محققا للصالح العام بمعناه الشامل ، وذلك تطبيقا لقاعدة أصولية هي المصطلح على تسميتها قاعدة تخصيص الأهداف ... وجزاء مخالفة تلك القاعدة أنه إذا أصدرت الهيئة التي خولها الشارع قرارات تتضمن أيا من تلك التدابير والاجراءات في حدود ما فرضت فيه وقصدت من ذلك الى تحقيق هدف يجاوز نطاق الغاية التي قصد اليها الشارع ، كانت تلك القرارات مشوبة بعيب الانحراف بالسلطة الذي يتمثل في عدم احترام الإدارة باعتبارها معبرة عن رأي الشارع لركن الغاية من التشريع ، ومن ثم تكون تلك القرارات باطلة "(٤٤)

أما في الحالات الأخرى ، فان تحديد الهدف أو بالأحرى المصلحة العامة ، هو أمر يخضع لولاية القاضي نظرا لعدم وجود نص يحدد للإدارة هدفها من ممارسة السلطة ، لأن الأصل " أنه ليس للجهة الإدارية أن تمارس الاختصاص المخول لها الا لتحقيق الهدف من هذا الاختصاص ... واذ يسكت النص عن تحديد هدف للاختصاص المقرر فانه يكون من حق القضاء الإداري أن يحدد الهدف من هذا الاختصاص بما له من ولاية الاجتهاد والتفسير ومسترشدا في ذلك على الأخص بطبيعة ذلك الاختصاص " (٤٥) .

فإذا رأى القاضي – مثلا – أن الادارة قد أصدرت لائحة مستقلة في موضوع يتعلق بالحريات العامة ، فانه بعد تحديد طبيعة هذه اللائحة ، يمكنه أن يفرض على الإدارة احترام الهدف المخصص للوائح الضبط بحيث يتأكد من أنها استهدفت تحقيق النظام العام بمدلولاته المحددة ، حيث أن سلطة الادارة في مثل هذه الحالة هي سلطة مقيدة فلا تملك اللائحة المساس بالحريات العامة إلا بهدف حفظ النظام فقط (٤٦) .

٤٤- محكمة القضاء الإداري في ١٩٦٩/٤/٨ قضية ١٦٣١ السنة ٢١ ق ، المجموعة السنوات ٢١-٢٣ رقم ٣٤٩ ص ٦٤٧ ، وحكمها في ١٩٥٣/٥/١٢ قضية ٩١٧ لسنة ٦ ق ، المجموعة السنة ٧ ص ١١٤٥ رقم ٦٢٣ ، وحكمها في ١٩٦٩/٦/٣ القضية ١٢٨٨ لسنة ٢١ ق ، المجموعة السنوات ٢١ – ٢٣ رقم ٣٩٣ ص ٧٤١ .

٤٥- الأستاذ الدكتور سعد عصفور في المؤلف المشترك مع الأستاذ الدكتور محسن خليل : القضاء الإداري – ص ٥٠٠ .

٤٦- C.E 10/12/1962 , Syndicat national des veterinaires .. L. 672.

C.E 22/6/1963, Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe, A.J.D.A 1963 . 483

الفصل الثالث

الرقابة على السلطة التقديرية

من المستقر عليه أنه يترتب على مخالفة الادارة لمبدأ المشروعية وخروجها على أحكام القانون بطلان عملها سواء كان عملا ماديا أو كان عملا قانونيا ، فيؤدي بطلان العمل المادي الى انهائه وازالة آثاره واعادة الحال الى ماكان عليه قبل وقوعه أو على الأقل الالتزام بالتعويض عن الأضرار التي ترتبت عليه ، كما يؤدي بطلان العمل القانوني والحكم بالغائه الى زوال هذا العمل وما ترتب عليه بأثر رجعي .

ويلزم التفرقة في صدد بطلان القرارات الإدارية وهي أهم الأعمال القانونية للادارة بين انعدام هذه القرارات وبطلانها (٤٧) . فانعدام القرار الإداري هو جزاء تخلف ركن من أركان القرار الإداري أو بالأحرى تخلف ركن الارادة في القرار الإداري بوصفه ركنه الوحيد ، بحيث يكون من شأن تخلف هذا الركن أن ينحدر بالقرار الى حد العدم ، فلا تلحقه الاجازة أو التصحيح كما لا يتقادم فضلا عن حق كل صاحب مصلحة في عدم الاعتراف بالتصرف وعدم تنفيذه تلقائيا (٤٨) .

٤٧- راجع في هذا الصدد رسالة الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر : تدرج البطلان في القرارات الإدارية – طبعة ١٩٦٨ .

٤٨- راجع الدكتور مصطفى كمال وصفي : انعدام القرارات الإدارية – مجلة مجلس الدولة – السنة ٧ – ص ٢٦١ وهو يرى أن أركان القرار الإداري هي الارادة والمحل والسبب ، والأستاذ الدكتور : سعيمة الجرف : مبدأ المشروعية سالف الذكر – ص ٢١٨ وهو يرى أن الادارة فقط هي الركن الأساسي الذي يؤدي تخلفه الى انعدام القرار الإداري – أنظر أيضا ص ٢٤٨ وما بعدها ، وراجع كذلك مقالته : نظرية انعدام التصرفات القانونية وتطبيقها على القرارات الإدارية ، مجلة العلوم الإدارية – السنة ٣ – عدد ١ ص ٦١ .

والراجح فقها وقضاء (٤٩) أن الانعدام يتحقق أيضا بشأن القرارات الإدارية إذا أصاب أحد عناصرها الخمس الأخرى - غير ركن الارادة - عيب جسيم وواضح ، تخرج بسببه الادارة بصفة نهائية عن نطاق وظيفتها المخصصة لها بحكم الدستور والقانون ، ففي هذه الحالة يتجرد القرار من صفته الإدارية ، ويخرج بالتالي من نطاق القانون الإداري ، أي أن يكون بمثابة التصرف المنعدم في مفهوم أحكام القانون ، ولا ريب في أن خروج القرار الإداري على كافة القواعد القانونية القائمة بالدولة بما في ذلك القواعد الدستورية يعد مثالا واضحا للمخالفة الجسيمة لمبدأ المشروعية ، لا يكفي معها ترتيب البطلان على مثل هذا القرار .

أما بطلان القرار الإداري فانه يلحق بالقرارات التي تتوافر لها أركان انعقادها ولكنها تصدر بالمخالفة للشروط الموضوعية التي يقررها القانون بصدد عناصر القرار الأخرى ، على صورة تجعل هذه المخالفة وان لم تؤثر في وجود التصرف

٤٩- الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر : رسالته سالفة الذكر - ص ١٩٧ ومابعدها . وكذلك مقالته : بطلان القرارات الإدارية - مجلة العلوم الإدارية - السنة ١٠ . العدد الأول - ١٩٦٨ - ص ١٦٤ وما بعدها ، وأيضا الأستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن : انعدام القرار الإداري - مجلة العلوم الإدارية - السنة ٢ عدد ٢ - ١٩٦٠ ص ١٧١ ، وراجع للمحكمة الإدارية العليا حكمها في ١٩٧٦/٦/٢٩ قضية ١٤٠لسنة ١٨ ق ، المجموعة السنة ٢١ رقم ١٨ ص ٤٧ وحكمها في ١٩٥٩/٦/١٦ قضية ٣٤٨ لسنة ١٣ ق ، المجموعة السنة ١٧ ص ١٠٩ .

٥٠- الأصل أن للادارة اصدار القرار الإداري للتعبير عن ارادتها على الوجه الملائم لذلك ، غير أن المشرع دائما يفرض على الادارة بعض القيود عند ممارستها لسلطة اصدار القرار الإداري ، وهذه القيود هي التي تمثل شروط صحة القرار أو مشروعيته ، وهي لا تتماثل بالنسبة لكافة القرارات الإدارية بصدد جميع عناصرها ، وبالتالي فان هذه الشروط تختلف من قرار لآخر - على خلاف الأركان - وذلك بحسب ما إذا كان المشرع قد فرض شرطا معينا بصدد أحد عناصر القرار أم فضل أن يترك للادارة سلطة تقديرية في صدد هذا العنصر . ومن هنا لزم التمييز بين أركان القرار وعناصره الأخرى التي تكون مجالا لشروط مشروعية القرار ، ومن ثم فإننا نرفض الاتجاه الذي ينكر هذا التمييز ويرى أن جميع " عناصر " القرار الإداري ذات مرتبة واحدة باعتبارها جميعا من أركان انعقاد القرارات الإدارية . راجع في ذلك DESGRANGERS, ESSAI SUR LA NOTION DE VOIE DE FAIT EN DROIT ADMINISTRATIF , THESE, 1937, POITIERS, P 98 ET S.

فانها تكون ذات مساس باكتماله قانونا ، ومن ثم فان عيوب الشكل وعدم الاختصاص ومخالفة القانون والسبب والتعسف في استعمال السلطة ، إنما هي مراجع للطعن بالبطلان في القرار الإداري . فإذا ما مضى وقت معقول على اصداره ونفاذه – شهرين في فرنسا و٦٠ يوما في مصر – دون أن يطعن فيه أصحاب المصلحة أمام القضاء مطالبين بالغائه ، وبدون أن تلجأ الادارة الى سحبه ، فان القرار يعتبر في ذاته سليما مرتبا لآثار القرار المشروع من لحظة صدوره ، فيزول ما لحقه من عيوب ويكتسب حصانة بمضي المدة ولا يجوز المساس به سواء بالغائه أو سحبه (٥١) .

ويستفاد مما تقدم أن هناك ارتباط واضح يربط بين فكرة المشروعية وبين الاختصاص المقيد ارتباطا وثيقا ، ومن ثم تخضع الادارة عند ممارسته للرقابة المقررة على أعمالها للتحقق من مدى مراعاة الشروط التي تطلبها القانون في العمل أو بالأحرى القرار الإداري .

وعلى النقيض من ذلك فان السلطة التقديرية ترتبط بفكرة الملاءمة لأن القانون عندما يخول الادارة سلطة تقديرية فانه بذلك يترك لها حرية تقدير ملاءمة أعمالها وهي في هذه الحالة لا تخضع كقاعدة عامة للرقابة على أعمالها . غير أن هذه النتيجة الأخيرة ليست صحيحة في اطلاقها ، حيث أن تمتع الادارة بحرية تقدير ملاءمة القرار الإداري لا تستبعد حتما الرقابة على هذا القرار .

ولما كانت صور الرقابة على أعمال الادارة تتعدد بحسب التنظيم القانوني والسياسي في الدولة ، وكان من الثابت أن أهم هذه الصور وأكثرها فعالية إنما تتمثل في اسلوبي الرقابة الإدارية التي تتولاها الادارة بنفسها ، والرقابة القضائية التي تتولاها السلطة القضائية – وجهة القضاء الإداري على وجه الخصوص– فإننا نعرض في المبحثين التاليين مدى خضوع السلطة التقديرية للإدارة لهذين الأسلوبين .

٥١– تعتبر هذه الحصانة في جوهر الأمر استثناء حقيقيا على مبدأ المشروعية وسيادة القانون ، فالأصل وفقا لمقتضى هذا المبدأ أن القرار الباطل الذي صدر مخالفا للقانون لا يتمتع بتلك الحصانة مهما طال عليه الوقت ومن ثم يجوز الطعن بالغائه أمام القضاء دون التقيد بميعاد معين ، كما لا يمكن للإدارة سحبه والرجوع فيه في كل وقت أعمالا لسيادة القانون . ومع ذلك فانه نظرا لاعتبارات تتعلق بضرورة استقرار الحقوق والمراكز الشخصية التي تنشأ للأفراد من تلك القرارات المخالفة للقانون فقد استقر الأمر على تحصين القرارات الإدارية المشوبة بالبطلان بمرور مدة معينة ، اذ يولد مرور هذه المدة ثقة مشروعة لدى الأفراد فيما يترتب عليه من مراكز ، وينشئ للأفراد حقوقا مشروعة يجب حمايتها .

المبحـــث الأول

الرقابة الإدارية على ملاءمة القرارات الإدارية

الأصل أن الرقابة الإدارية تنصب على التصرفات الإدارية غير المشروعة ، فتستطيع الإدارة سحب القرارات الإدارية مثلا إذا ثبت لديها أنها صدرت غير مشروعة ، وبالتالي يبطل القرار بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن وتزول كافة الآثار القانونية التي ترتبت عليه ، أما إذا تبين لها أن القرار قد صدر مشروعا الا أنه قد لحق به عيب جعله غير مشروع ، فهنا للادارة أن تبطله ولكن دون حاجة الى الرجوع بأثر البطلان الى لحظة نشأته ، اذ يكفي ابطاله بالنسبة للمستقبل فقط وذلك عن طريق الغاء هذا القرار وليس سحبه (٥٢) .

أما التصرفات الإدارية الصحيحة ، فالقاعدة العامة أنه لا يجوز سحبها أو الغاؤها حتى ولو كانت مخالفة لمقتضيات ملاءمة اصدارها الا استثناء لاعتبارات معينة .

وتفصيل ذلك بالنسبة للقرارات الإدارية أنه إذا نشأ القرار الإداري مشروعا وصحيحا من الناحية القانونية ، علاوة على ملاءمته للظروف المحيطة باصداره ، ففي هذه الحالة ليس للادارة أن ترجع في هذا القرار ما لم يطرأ عيب قانوني على القرار فيكون للادارة ازالة هذا العيب بتعديل أو الغاء القرار ، وذلك استنادا إلى سلطتها في الرقابة الذاتية على أعمالها وفقا لمبدأ المشروعية على نحو ما أشرنا .

أما إذا طرأ على القرار الإداري المشروع والصحيح قانونا ، عيب يتعلق بملاءمته ، وذلك نتيجة تغير الظروف التي كانت محيطة به وقت اصداره فان للادارة أيضا الحق أما في الغاء القرار أو تعديله ليتلاءم مع الظروف الجديدة ، على أن يقتصر أثر الالغاء أو التعديل على المستقبل فحسب دون أن يكون له أي أثر رجعي .

على أن سلطة الادارة في الغاء وتعديل القرارات الإدارية لتتلاءم مع الظروف الجديدة لا تستند الى حقها في الرقابة الذاتية على أعمالها وفقا لمبدأ المشروعية

٥٢- راجع في تفاصيل ذلك مؤلفنا : الرقابة على أعمال الادارة - الطبعة الأولى - ص ٢٢٧ وما بعدها .

وإنما ترجع في حقيقة الأمر الى مبدأ ضرورة موافقة أو ملاءمة أعمال الادارة مع الظروف المتغيرة ، أو الى نظرية الظروف الطارئة .

بيد أنه يجب ملاحظة أنه بالنسبة للقرارات الإدارية الفردية فانها إذا تولدت عنها حقوق مكتسبة للأفراد لا يجوز الغاؤها الا في الأحوال ووفقا للشروط التي يقررها القانون ، بمعنى أنه لا يجوز - مثلا - الغاء قرار اداري سليم بتعيين موظف لعدم ملاءمته ، وإنما يكون للإدارة أن تصل الى نفس النتيجة عن طريق الاجراءات المضادة للتعيين مثل قرار بفصله أو قبول استقالته أو الغاء وظيفته للصالح العام وذلك تحت رقابة القضاء (٥٣) .

وعلى ذلك لا تبقى سوى مشكلة بحث ما إذا كان للإدارة أن تمارس رقابتها على القرارات الصحيحة قانونا والتي نشأت معيبة بعدم الملاءمة ، حيث لم يكن من المناسب اصدارها ، فهل يكون للادارة أن تسحب هذه القرارات غير الملائمة بالرغم من مشروعيتها بما يتضمنه هذا السحب من أثر رجعي ، أم أنه يمتنع عليها سحب القرارات المشروعة لعيب عدم الملاءمة . (٥٤) .

مدى سلطة الادارة في سحب القرارات الإدارية الصحيحة لعدم الملاءمة :

يتجه معظم الفقه في فرنسا ومصر (٥٥) الى عدم جواز سحب القرارات الإدارية الصحيحة سواء كانت هذه القرارات صادرة بناء على سلطة مقيدة أو سلطة تقديرية . ، لأن السحب لا ينصب الا على القرارات المعيبة قانونا دون

٥٣- الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف : رقابة القضاء لأعمال الادارة - ١٩٧٠ - ص ٨٢ .

٥٤- يطلق البعض على سلطة الادارة في ابطال القرارات الإدارية الصحيحة لعدم الملائمة سلطة " نقض القرارات الإدارية " . الدكتور عبد القادر خليل : نظرية سن القرارات الإدارية - ١٩٧٤-ص ٢٨٧ وما بعدها .

٥٥- الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي : مبادئ القانون الإداري بالطبعة الثامنة ١٩٦٦ - ص ٩١١ الدكتور سعيد عبد المنعم الحكيم : الرقابة على أعمال الادارة في الشريعة الرسلامية والنظم المعاصرة - ١٩٧٦ - ص ٣٣٤ وما بعدها .

الأستاذ عبده محرم : سحب القرارات الإدارية الفردية - مجلة مجلس الدولة - السنة ١ - ١٩٥٠ - ص ١٠٩ وما بعدها

غيرها من القرارات حتى ولو كانت معيبة بعدم الملاءمة ، أي جاءت مخالفة لمقتضيات ملاءمة اصدارها وهذا هو ما استقر عليه القضاء في فرنسا ومصر والامارات (٥٦) .

ويرجع الأساس الذي يمكن الاستناد اليه لتبرير عدم جواز سحب القرار الصحيح ، الى مبدأ عدم جواز الرجعية في القرارات الإدارية ، وهو من المبادئ القانونية العامة المستقرة والذي تلتزم الادارة باحترامه وإعماله باعتباره أحد القواعد القانونية التي تدخل ضمن التنظيم القانوني للدولة ، ومن ثم تعد مخالفته أخلالا بقاعدة قانونية يؤدي الى عدم مشروعية القرار .

ولما كان مقتضى سحب القرار الصحيح لعدم ملاءمته ، ابطال هذا القرار بأثر رجعي منذ لحظة صدوره ، فان القرار الساحب يكون غير مشروع لمخالفته لقاعدة عدم جواز الرجعية في القرارات الإدارية ، خاصة وأنه قد يترتب على هذا السحب مساسا بالمراكز القانونية أو الحقوق المكتسبة التي تكون قد تولدت نتيجة للقرار المسحوب .

أما إذا لم يتولد عن القرار أية آثار قانونية ، ففي هذه الحالة يجوز للادارة سحب القرار في أي وقت ، حيث تتمتع في صدد هذا القرار بسلطة تقديرية واسعة ، وعلى حد قول المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات فان " هذا الحق في السحب هو من اطلاقات الادارة المختصة ، تباشره أعمالا لسلطتها التقديرية ، وتستقل به وحدها دون معقب عليها ودون أن يحد منه قيود أو شروط، بل ودون أن تكون ملزمة ببيان أسباب هذا السحب ومسوغاته ، ولا تستطيل رقابة المحكمة الى سلطة الإدارة من استعمال هذا الحق أمر الى تمحيص أسباب هذا الاستعمال ودواعيه لأن القضاء لا يتدخل الا حيث يكون هناك قرار اداري ينشئ أوضاعا مستقرة ونهائية تجعله حصينا عن السحب ، ومن ثم فان سحب

٥٦- المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات في ١٩٧٥/٧/٩ سالف الذكر ، وفي مصر محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٩/١٢/٢ قضية ٦٥٢ لسنة ٢ق ، المجموعة السنة ٤ ص ٩٠ وفي ١٩٥١/٢/٢٠ك قضية ٣٤٠ لسنة ٣ ق، المجموعة السنة ٥ ص ١٠٠٨. والمحكمة الإدارية العليا في ١٩٧٦/٦/٢٩ قضية ٤٠ لسنة ١٨ ق، المجموعة السنة ٢١ ص ١٦٧ ، كذلك في فرنسا :

C.E 24/11/1944, Compagnie d'assurances generales des accidents , L. 117

الوزارة المدعي عليها للموافقة الصادرة منها على تعيين المدعى والرجوع فيها قبل صدور قرار التعيين هو أمر مشروع اتخذته الوزارة في نطاق سلطتها بصرف النظر عما يثيره المدعي في شأن المبررات التي تذرعت بها الادارة في هذا السحب طالما أن موضوع تعيينه لم يطرح بعد على السلطة المختصة لتصدر قرارها فيه " (حكمها في ١٩٧٥/٧/٩ سالف الاشارة) .

واستثناء من قاعدة عدم جواز سحب القرارات الإدارية الصحيحة ، يتجه القضاء في فرنسا ومصر (٥٧) الى السماح بسحب القرارات الإدارية الفردية الصحيحة الصادرة بفصل الموظفين ، وذلك استنادا الى اعتبارات تتعلق بالعدالة، وبشرط ألا تكون الإدارة قد عينت في وظيفة الموظف المفصول شخصا آخر تعيينا صحيحا قانونا ، اذ أن مقتضى السحب في هذه الحالة هو فصل الموظف الجديد، وهو مالا يجوز قانونا لما فيه من اغتصاب غير مشروع للحق المكتسب لهذا الموظف الجديد .

وبالرغم من استقرار قاعدة عدم جواز السحب لعدم الملاءمة فقها وقضاء على النحو السابق ، فان بعض الفقهاء يتجهون الى القول بنقيض ذلك ، أي بجواز سحب القرارات الإدارية الصحيحة المشوبة بعيب عدم الملاءمة ، وذلك على أساس أن المصلحة العامة قد تقتضي أحيانا تبرير حق الادارة في نقض قراراتها الصحيحة المشوبة بعيب عدم الملاءمة في الحالات التي تعتقد فيها الادارة ضرورة الرجوع في هذا القرار (٥٨) . ولأنه إذا كانت الادارة تتمتع بالسلطة التقديرية في اصدار القرار ، فانه يجب أن تكون لها نفس السلطة في سحب القرار بشرط ألا يكون في ذلك السحب تعسف واساءة لاستخدام سلطتها وهو ما يخضع لرقابة القضاء (٥٩) .

غير أننا لا نتفق مع هذه الآراء ونرى – مع الفقه الغالب والقضاء الإداري – أنه

٥٧- C.E 28/2/1908. Franco , L 187

C.E 12/3/1909 Sauguest, L. 270

ومحكمة القضاء الإداري في ١٩٥٣/١/٧ ، المجموعة السنة ٧ ص ٧٨١، والمحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٩/٥/٢٣ قضية ٥٨٧ لسنة ٤ ق ، المجموعة السنة ٤ رقم ١١٤ ص ١٣٠٩ .

٥٨- الدكتور عبد القادر خليل المرجع السابق – ص ٢٤٠ .

٥٩- الدكتور كامل ليلة : المرجع السابق – ص ١٥٥ – ١٥٧

لا يجوز سحب القرارات الإدارية الصحيحة لعدم الملاءمة ، استنادا الى أن الاعتراف للادارة بحق السحب إنما يستند الى مبدأ المشروعية ، وذلك باعلان بطلان القرار غير المشروع بواسطة من أصدره أي الادارة ، التي تحل في ذلك محل السلطة القضائية .

وإذا كانت الآراء المخالفة لهذا الفقه الغالب ترى أن قياس سلطة الادارة في الرقابة على أعمالها على سلطة القضاء في هذا الشأن ، هو قياس غير صحيح ، بمعنى أنه إذا كان يمتنع على القضاء الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية ، فان ذلك لا يؤدي بالتبعية الى تحريم السحب بالنسبة للادارة ، فاننا نتفق معها في هذا النقد ولكن دون أن يؤدي ذلك الى الموافقة على اتجاههم .

فالواقع أننا وكذلك الفقه الغالب - لا نرفض الاعتراف للادارة بالحق في الرقابة على ملائمة قراراتها ، على ألا يؤدي ذلك الى سحب قراراتها الصحيحة ، بمعنى أنه يجوز للادارة تعطيل أو الغاء قراراتها غير الملائمة بالنسبة للمستقبل فحسب دون أي أثر رجعي ، استنادا الى مقتضيات المبادئ القانونية العامة في عدم جواز الرجعية في القرارات الإدارية ، بحيث لا يجوز للادارة مخالفة ذلك وإلا كان قرارها - الذي تضمن أثرا رجعيا مثل قرارات السحب - قرارا غير مشروع .

ويضاف الى ذلك أن المصلحة العامة - في تقديرنا - تقضي بعدم الاعتراف للادارة بسحب قراراتها الصحيحة لعدم ملاءمتها ، لما لذلك السحب من آثار تمس بالمراكز القانونية والحقوق المكتسبة للأفراد ، وهي اعتبارات ترجح نظيرتها التي تتعلق بالسماح للادارة بتلافي ما وقعت فيه من خطأ في تقدير مناسبة اصدار القرار . وقد اعترف الفقه الذي يرى وجوب السماح للادارة بسحب قراراتها الصحيحة لعدم الملائمة بأن استقرار الأوضاع والمراكز القانونية والتي تتولد عن قرارات الادارة الصحيحة - أولى بالرعاية والاحترام . وأجدر بالحماية من فكرة الالغاء لعدم سلامة القرار الذي ترتبت عليه تلك المراكز بسبب مخالفته لمبدأ المشروعية (٦٠) . فإذا كان الأمر كذلك فانه من باب أولى يكون استقرار هذه الأوضاع وتلك المراكز أولى بالرعاية والاحترام وأجدر بالحماية من فكرة السحب لعدم ملائمة القرار الذي تولدت عنه فعلا هذه المراكز وهي مراكز وأوضاع نشأت صحيحة ومشروعة نتيجة تولدها عن قرار اداري مشروع وصحيح وليست كمثيلتها في حالة (الالغاء لعدم سلامة القرار) التي أشار اليها هذا الفقيه حيث تكون المراكز والأوضاع الناشئة عن هذا القرار غير المشروع ، مراكز وأوضاع غير مشروعة .

٦٠- الدكتور كامل ليلة : المرجع السابق ص ١٣٧ .

وهذا هو أيضا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات والقضاء الإداري في مصر حيث قضى بأن ا(القرارات التي تولد حقا أو مركزا شخصيا للأفراد لا يجوز سحبها في أي وقت متى صدرت سليمة ، وذلك استجابة لدواعي المصلحة العامة التي تقتضي استقرار تلك الأوامر (٦١) .

والخلاصة أنه لا يجوزللإدارة أن تسحب قراراتها السليمة المشروعة قانونا لعيب الملائمة ، لما لهذا السحب من أثر رجعي لا مبرر له مما يعد مخالفة لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، ومن ثم يكون غير مشروع .

وتبعا لذلك يكون لكل ذي مصلحة أن يتظلم من قرار السحب غير المشروع ، أما للادارة نفسها وإما أمام القضاء ، بل ان للادارة من تلقاء نفسها أن تسحب قرارها الساحب غير المشروع إذا ما تبين لها مخالفته لقواعد المشروعية وهو ما يعرف بالسحب بعد السحب .

فالقرار الساحب يعتبر قرارا جديدا أنشأ مراكز قانونية جديدة . فيحق لكل ذي مصلحة أن يتظلم منه إذا تضمن مساسا بمركزه القانوني ، على أساس أن القرار الساحب هو قرار آخر خلاف القرار المسحوب ، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر (٦٢) .

ومن ناحية أخرى يمكن رد حجة أن المصلحة العامة قد تقتضي أحيانا تبرير حق الادارة في نقض قراراتها الصحيحة غير الملائمة ، بأن المصلحة العامة اما أن تكون متحققة في القرار المسحوب ومن ثم يكون القرار الساحب غير مشروع أو العكس بأن تكون المصلحة العامة غير متوافرة في القرار المسحوب ، وفي كل الأحوال فان هذه المسألة لا تدخل في اطار فكرة الملاءمة ومجال السلطة التقديرية ، وإنما هي من صميم موضوعات المشروعية والاختصاص المقيد للادارة كما يمكن دحض حجة أنه إذا كانت الادارة تتمتع بالسلطة التقديرية في اصدار القرار فانه يجب أن تكون لها نفس السلطة في سحب القرار ، لأن السلطة التقديرية للإدارة المقررة بشأن وضع قرار اداري معين أو عدم وضعه ، أو اتخاذه على نحو معين ، تستنفذ بالنسبة لهذا القرار بمجرد وضعه واتخاذه على نحو ما صدر عليه ، ومن ثم لا يجوز القول باستمرار تمتع الادارة بتلك السلطة بعد اتخاذ القرار لكي تقدر الابقاء عليه أو سحبه ..

٦١- المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات في ١٩٧٦/٧/٩ قضية ٤٠ لسنة ١٨ ق ، المجموعة السنة ٢١ رقم ٩٠ ص ٢٦٧ .

٦٢- حكمها في ١٩٧٠/٦/١٣ قضية ١١٨ لسنة ١٦ ق ، المجموعة السنة٢١ رقم ٧٦ ٢٠٣ .

المبحث الثانـــي

السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية

من المتفق عليه أن خضوع أعمال الادارة للرقابة القضائية إنما يقتصر كقاعدة عامة على التحقق من مدى مراعاة الشروط التي يتطلبها القانون ، فيكون للقاضي أن يبطل أعمال الادارة غير المشروعة أي المخالفة لما نص عليه القانون ، أما إذا خول القانون للادارة سلطة تقديرية ، فانه بذلك يترك لها حرية تقدير ملاءمة أعمالها ، وهي في هذه الحالة لا تخضع كقاعدة عامة لرقابة القضاء ، على أساس أن القاضي الإداري هو قاضي المشروعية دون الملائمة ، لأنه – وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات – إذا تعرض لبحث ملائمة العمل الإداري ، يكون بذلك قد جعل من نفسه سلطة رئاسية علي جهة الادارة ، وتدخل في صميم عملها ، وحل محلها في مباشرة وظيفتها ، مما يعد خروجا صريحا على مبدأ الفصل بين السلطات .

ومن ناحية أخرى يستحيل عملا على القاضي أن يمارس سلطة الرقابة على ملاءمة القرار الإداري نظرا لعدم المامه بالوظيفة الإدارية وبعده من حيث المكان والزمان عن الظروف والملابسات التي تحيط بالادارة وهي بصدد ممارسة سلطتها التقديرية (٦٣) .

بيد أنه لا يجوز أن يفهم من ذلك أن هناك تعارضا بين المشروعية والملائمة أو بالأدق بين المشروعية والسلطة التقديرية ، غاية الأمر أن القضاء له سلطة فحص مشروعية العمل الإداري في حين أن تقدير ملاءمة هذا العمل متروك للادارة كقاعدة عامة .

ومع ذلك فمن الملاحظ أن القضاء الإداري يتدخل أحيانا ويبحث في ملاءمة بعض عناصر القرار الإداري التي كانت متروكة في الأصل لتقدير الادارة ، مما أثار التساؤل عما إذا كان القاضي الإداري قد أصبح في مثل هذه الحالة قاضي ملاءمة كذلك .

وقد ذهب جانب كبير من الفقه الى أن الملاءمة قد تكون في بعض الأحوال

٦٣- الدكتور كامل ليلة : المرجع السابق – ص ٧٧ و ٧٨ هامش ٢ .

شرطا من شروط مشروعية القرار الإداري . ويتحقق ذلك عندما يجد القاضي نفسه في موقف يملي عليه بحث الملاءمة ويجد في هذا البحث ضرورة لازمة لا غني عنها للكشف عن مشروعية القرار الإداري محل الطعن (٦٤) .

كما ذهب جانب آخر من الفقه الى أن للقاضي الإداري أن يوسع أحيانا من دائرة مبدأ المشروعية على حساب دائرة الملاءمة المتروكة للسلطة الإدارية فينقل من نطاق الملاءمة المسائل التي يرى أنها من الخير خضوعها لرقابته ويعتبرها داخلة في نطاق مبدأ المشروعية لتسري عليها رقابته ، وعلى ذلك فانه يمكن القول بأن القضاء الإداري يخلق أحيانا حالات جديدة للاختصاص المقيد للادارة ويلزمها باتباعه والا تعرض تصرفها المخالف - لما قرره - للالغاء (٦٥) .

ويستند أصحاب هذا الاتجاه في تقرير ذلك الى دور القاضي الإداري الانشائي والذي يتمثل في اضافة مبادئ قانونية عامة للنصوص المكتوبة كمصدر مستقل للقانون الإداري .

وقد ذهب بعض الفقهاء حديثا الى تفسير رقابة القضاء على جوانب الملاءمة في بعض الأحوال على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق أو السلطة ، وبمقتضاها فان السلطة التقديرية وان كانت حقا للادارة ، الا أنها تخضع - مثلها في ذلك مثل كافة الحقوق الإدارية - لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق أو السلطة ، فالقضاء لا يتدخل الا إذا تعسفت الادارة بصدد موضوع ما في استعمال سلطتها التقديرية أو غالت في استعمالها ، وبذلك فان القضاء لا يحرم الإدارة من سلطتها التقديرية في هذا الموضوع ، فتستطيع ممارستها بصدده في

٦٤- الدكتور محسن خليل : المرجع السابق - ص ١٠٥ .

DUGUIT, Traite de droit constitutionnel , 2e ed. , 1921 , t. I, P. 390 . DUBISSION , La distinction entre la legalite et l'opportunite dans la theorie du recours pour exces de pouvoir , Paris 1958 , P. 24

٦٥- الدكتور كامل ليلة : المرجع السابق ص ٧٨ هامش ٣.

الدكتور عصام البرزنجي : المرجع السابق ص ١٦٧ و ٤٣٩ .

مرات أخرى ، ويقر القضاء تقديرها مادامت بعيدة عن التعسف والغلو (٦٦) .

غير أننا نرى في هذا الصدد رأيا آخر، الا أنه يتعين علينا قبل عرض هذا الرأي أن نشير الى أن هذه المشكلة ثارت في الأصل بصدد قرارات الادارة الضبطية ، وهي قرارات تقيد بها الادارة بعض أوجه النشاط الفردي في سبيل صيانة النظام العام، وهي بذلك تمس حقوق الأفراد وتقيد حرياتهم بالضرورة (٦٧) لأنها تتضمن أوامر ونواهي وتقرر في الغالب عقوبات توقع على مخالفيها ، ولذلك فان الرقابة على حدود هذه القرارات تعد من أهم ضمانات الحريات العامة حيال سلطة الضبط ، ومن هنا حرص القضاء الإداري على فرض رقابته الصارمة على سلطات الضبط الإداري سواء عند قيامها بوضع قراراتها الضبطية أو عند رفضها ذلك .

أ- ففي حالة اتخاذ الادارة قرارات ضبطية ، يراقب القضاء الإداري هذه القرارات للتحقق من لزومها وجدواها وعدم اعتدائها على حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية ، وفي هذا الصدد فانه لا يعتبر تدخل الادارة مشروعا الا إذا كانت ثمة أسباب جدية تهدد بالاخلال بالنظام العام ، على أساس أن غياب هذه الأسباب يؤدي الى غياب الأساس الشرعي لتدخل الادارة ، بل ان عدم كفاية هذه الأسباب يؤدي كذلك الى الغاء القرار الضبطي على

٦٦- الأستاذ الدكتور محمد ميرغني خيري : مبدأ الشرعية وقضاء الالغاء ١٩٧٥/٧٤ (مذكرات) ص ١٥ ، وللمزيد من التفاصيل تراجع رسالته للدكتوراه (نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية) القاهرة ١٩٧٢ .

٦٧- الأستاذ الدكتور سعد عصفور : النظام الدستوري المصري - ١٩٨٠ص ١٢٨

DEBBASCH , Droit Administratif , 3 e ed., P. 239 DRAN, Le controle juridictionnel et la garantie des libertes publiques , L.G.D.J. 1968 , P. 328

C.E 22/6/1951 Daudignac, L. 362 .

C.E 14/5/1954 , Le Pischof , L . 269.

C.E 31/5/1963, Ville de Grenoble , L. 833 .

أساس أن النظام العام هو مسألة ظروف ، وان كل قرار ضبطي يجب أن يستند الى ظروف أو مجموعة من الظروف الواقعية تبرره (٦٨)

أما إذا توافرت هذه الأسباب فان مجلس الدولة لا يكتفي بالتحقق من وجود الوقائع التي استندت اليها الادارة لتبرير قرار الضبط وصحة التكييف القانوني الذي خلعته الادارة على هذه الوقائع ، وإنما يقوم فضلا عن ذلك بمراجعة الادارة في تقديرها لأهمية وخطورة الحالة الواقعية التي بررت تدخلها ومدى التناسب بينها وبين اجراء الضبط المتخذ ، وبعبارة أخرى يصل المجلس في رقابته الى درجة التصدي لبحث ملاءمة قرار الضبط ومدى التناسب بينها وبين الأسباب التي استندت إليها الادارة .

ولذلك يمكن القول أن القاعدة هي أنه كلما اتخذت سلطة الضبط اجراء يقيد ممارسة احدى الحريات ، فانها لا تتمتع مطلقا بأية سلطة تقديرية في ذلك (٦٩) . حتى ولو لم يقيدها المشرع بصدد هذا الاختصاص لأن تعلق الاجراءات الضبطية بالحريات العامة يجعلها بعيدة عن مجال الملاءمة أو السلطة التقديرية وهو ماقرره القضاء الإداري في فرنسا ومصر (٧٠) .

٦٨- C.E. 22/6/1951 - Daudignac, L. 362
C.E. 14/5/1954 - DLe Pischol, L. 269
C.E. 31/5/1963 - Ville de Grenoble, L. 833

٦٩- DRAN , op. cit . , P. 307

MORANGE , Reflexions sur la notion de securite , publique , D. 1977 , 62

٧٠- C.E 28/5/1954 , Barel , L. 308

C.E 29/6/1960, Ministre de L'Education Nationale ...., L. 245

وأحكام محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٨/٢/٢٤ القضية ٢٥٠ لسنة ١ ق، المجموعة السنة ٢ ص ٣٧٨ وفي ١٩٤٩/٦/١٦ القضية ٦٥٧ لسنة ٢ ق، المجموعة السنة ٣ ص ١٥-١، وفي ١٩٥١/٦/٢٦ القضية ٥٨٧ لسنة ٢ ق ، المجموعة السنة ٥ ص ١٠٩٩ وفي ١٩٦٩/٦/٣ القضية رقم ١٢٨٨ لسنة ٢١ ق ، مجموعة السنوات ٢١ - ٢٣ رقم ٣٩٣ ص ٧٤١ .

وراجع أيضا أكام المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٩/٤/٢٥ القضية ٥٠١ لسنة ٤ ق ، المجموعة

ب- ويبدو الأمر أكثر وضوحا في حالة رفض الادارة اصدار تدابير الضبط ، فالأصل أن للادارة الحرية الكاملة في تقدير تدخلها أو عدم تدخلها بالتنظيم الضبطي ، ولذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي في مرحلة أولى رفض الطعون ضد رفض الادارة اصدار التدابير الضبطية لاستحالة الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية ، حيث يخضع هذا الموضوع للسلطة التقديرية للادارة (٧١) .

غير أن مجلس الدولة ذهب في مرحلة ثانية الى فحص وتقدير نتائج هذا الرفض في مجال تقرير مسئولية الادارة ، فقرر مسئولية هيئات الضبط في حالة ثبوت أن امتناعها عن التدخل يمثل خطأ جسيما (٧٢) ، حيث لا يمكن لأي عنصر من عناصر الملاءمة أن يبرر رفض اتخاذ الاجراءات الضرورية لمواجهة الخطر الجسيم ، سواء كانت هذه الاجراءات فردية (٧٣) ، أم لائحية (٧٤) ، ولذلك فان المسئولية عن رفض اتخاذ القرار تماثل المسئولية عن الأخطاء الايجابية .

وفي مرحلة ثالثة بسط مجلس الدولة الفرنسي رقابته الى مجال الالغاء فاعترف بامكانية الطعن بالالغاء مباشرة ضد رفض الادارة اتخاذ تدابير الضبط وكان

= السنة ٤ رقم ١٠٣ ص ١١٦٢ وفي ١٩٦٤/٥/٣٠ القضية ١٤١٦ لسنة ٧ ق مجموعة السنوات العشر الأولى ص ٤٣٦ ، وفي ٢٨ يناير ١٩٧٨ قضية ٧٤ لسنة ١٧ ق مجلة العلوم الإدارية ١ لسنة ٢٠ عدد ٢ ص ١٦٩.

٧١- C.E 6/7/1894 , Commune de Paquieres , L. 452

C.E 12/7/1912, Lomburd , L. 61

٧٢ - C.E 16/2/1977, Societe Pom - Ail , R.D.P. 1977 . 1092

٧٣- C.E 27/5/1977, Soci-ete annoyme ...., R.D.P. 1977 . 1099 C.E 23/1/1931, Garcin , S. 1931.3.87

٧٤- C.E 5/11/1958, Epoux Gauthier, L. 523
C.E 8/3/1963, Commune de maison Laffite, L.263.

ذلك في ٢٣ أكتوبر ١٩٥٩ (٧٥) ، حيث اشترط لذلك أن يتهيأ وضع خطير يتهدد النظام العام في أحد عناصره ، وألا توجد تنظيمات ضبطية قائمة فعلا لمواجهة هذا الوضع أو كانت التنظيمات غير كافية ، فإذا وجدت هذه التنظيمات ولكنها لم تكن ملائمة لمواجهة هذا الوضع . فان على الادارة تعديل هذه التنظيمات لتوفير هذه الملاءمة تطبيقا لقاعدة وجوب ملاءمة اللوائح مع الظروف المتغيرة (٧٦) .

ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي قد بدأ يتجه أخيرا الى التخفيف من القيود السالفة . ففي مجال المسئولية عن عدم التدخل بالتدابير الضبطية ، اكتفى مجلس الدولة في أحكامه الحديثة نسبيا (٧٧) بعدم التدخل دون اشتراط أي خطأ خاص أو جسيم ، لاستخلاص مسئولية الادارة عن امتناعها، و من ثم أصبح المعيار في تقرير مسئولية الإدارة في هذه الحالات هو مدى الضرر الذي تحقق نتيجة خطأ الادارة سواء كان جسيما أم بسيطا لأن " مسئولية السلطة العامة هي قبل كل شئ التعويض عن الأضرار " (٧٨) .

أما في مجال الالغاء ، فقد قضى مجلس الدولة في بعض أحكامه الحديثة بأن سكوت أو امتناع سلطات الضبط عن ممارسة سلطاتها يعتبر معيبا في حد ذاته

٧٥- C.E 23/10/1959, Double Doublet , R.D.P - 1959 1235

C.E 18/3/1964, Hucher , L. 954

٧٦- DOUENCE , Recherches sur le pouvoir reglementair de l'Administration, L.G.D.J. 1968, F. 494

NORMAND , Recherche sur le caractere discretionnaire de l'elaborationd des actes reglementaires , these, Paris , 1968 P. 3273 .

٧٧- C.E 11/6/1969, Commune de Cournon-d'auvergne, L. 760, 949,. C.E 28/4/1967 , Lanfont , L. 182

٧٨- LIET-VEAUX, Police administrative et catastrophe nationales, R.A. 1970 - 26

دون أن يتطلب الأمر وجود خطر داهم أو موقف خاص خطير (٧٩) . ويتأسس التزام الادارة بالتدخل بواسطة تدابير الضبط على أن الاختصاص بحفظ النظام العام يتضمن الى جانب الحقوق المخولة لسلطات الضبط ، بعض الواجبات وأهمها التزامها باتخاذ الاجراءات التي لا غنى عنها لحفظ النظام العام وهو ما يعني في حقيقة الأمر الالتزام بممارسة وظائفها ، ومن ثم فان اتخاذ تدابير الضبط لا يمكن أن يعد أمرا تقديريا في كل الأحوال ، وعلى حد قول البعض فانه ليس من المنطقي أن تكون هذه السلطة مقيدة عند ممارستها بينما تكون تقديرية عندما ترفض الجهة المختصة أن تمارسها ، وبالتالي فانه إذا كانت ممارسة العمل مقيدة وخاضعة للرقابة ، فيجب أن يكون الامتناع عن ممارسة العمل مقيدا وخاضعا للرقابة كذلك . (٨٠) .

نخلص مما سبق الى أن القضاء الإداري يفرض رقابته على سلطات الضبط الإداري سواء عند اتخاذها لقرارات الضبط أو عند امتناعها عن اتخاذ هذه القرارات مما يعد تدخلا صريحا منه في مراقبة الإدارة بصدد تقدير ملاءمة تصرفاتها ، وهو الأمر الذي دفع الفقه الى القول بأن الملاءمة في هذه الحالة هي عنصر من عناصر المشروعية أو أحد شروطها ، وبالتالي فان هذه العناصر محل الرقابة تنتقل من نطاق الملاءمة الى نطاق المشروعية .

غير أننا نعتقد أنه من الصعب الربط بين المشروعية والملاءمة على هذا النحو ، اذ أن تخلف القيود القانونية التي تجعل من الملاءمة عنصرا من عناصر المشروعية ، يعني أن المشرع ترك للادارة حرية تقدير ملاءمة تصرفها الضبطي، ومن ثم تعلق الأمر بسلطة الإدارة التقديرية . إلا أن ذلك لا يعني أن المشرع استبعد الرقابة القضائية من هذا المجال بصفة مطلقة ، اذ يبقى للقاضي الحق في اخضاع تصرف الادارة التقديري لرقابته وهي في هذه الحالة رقابة ملاءمة حقيقية، يقرها الفقه والقضاء دون تردد نظرا للعلاقة الوثيقة بين الحريات العامة

٧٩- C.E 23/6/1976, Latty, R.D.P. 1977. 865 n. WALINE

٨٠- BERNARD , , Concl . sous C.E 23/10/1959 R.D.P. 1959. 1235

وأنظر في هذا الموضوع رسالتنا للدكتوراة : الرقابة القضائية على أعمال الادارة اللائحية – الاسكندرية ١٩٨١ – ص ٣٢١ . والأستاذ الدكتور محمود سعد الدين الشريف : أساليب الضبط الإداري والقيود الواردة عليه – مجلة مجلس الدولة السنة ١٢ ص ٢٤ .

التي يحميها القضاء وبين سلطات الضبط الإداري التي تمس هذه الحريات ، وهو ما يجعل تلك السلطات على الدوام سلطات مقيدة .

وتأسيسا على ما تقدم يمكن القول أنه إذا تعلق الأمر بالحريات العامة ، فان الاعتراف للادارة بقدر من السلطة التقديرية في صدد القرارات المتعلقة بها ، لا يمنع من خضوع هذه القرارات لرقابة القضاء في كافة عناصرها وأركانها ، وعندما يقوم القاضي برقابة العناصر التي تتمتع الادارة بشأنها بحرية التقدير ، فانه يقوم في هذه الحالة برقابة الملاءمة استثناء من قاعدة أنه قاضي المشروعية.

بيد أنه يتعين ألا نستنتج من ذلك أن هناك تعارضا بين فكرتي المشروعية والملاءمة ، فالحقيقة أن المشروعية والملائمة فكرتان غير متناقضتين ، (٨١) فمشروعية تصرف ما تعني أن هذا التصرف التزم جانب القواعد القانونية ومن ثم يكتسب قوته الإلزامية بغض النظر عن ظروف الزمان والمكان ، أما ملاءمة تصرف ما فإنما تعني أن هذا التصرف كان مناسبا أو موافقا أو صالحا من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة . ولا ريب أن التوصل الى تقدير ملاءمة قرار أو عمل إنما هو في جانب منه نتيجة تقدير شخصي ، ولذلك فان فكرة الملاءمة هي فكرة نسبية ، فقد يكون الاجراء ملائما في وقت معين في حين أنه يكون في وقت تال ، قريب من الأول أو بعيد ، اجراء ضاراً أو غير نافع بالمرة .

وهكذا فان شرعية وملاءمة اجراء معين لا تتعلقان بفكرتين متناقضتين ، فالاجراء الإداري يمكن أن يوصف في وقت واحد بالمشروعية وعدم الملاءمة بل أن التشريع ذاته يمكن أن يكون غير ملائم مع أنه شرعي وملزم بلا جدال (٨٢). لذا فانه مما لا شك فيه أن اعتبارات الملاءمة يلزم أن تساهم الى جانب الاعتبارات الأخرى في تكوين الأساس الذي تصدر عنه القاعدة القانونية .

والخلاصة أنه يجوز للقاضي أن يتعرض استثناء لتقدير الملاءمة في اجراء معين، حين يبحث عن التناسب بين خطورة وأهمية الوقائع الثابتة والاجراء المتخذ على أساس منها وذلك في حالة أن لا يكون القانون قد حسم هذه الملاءمة ، ويجد

٨١- للمزيد من التفاصيل في معنى الملاءمة يراجع الدكتور عصام البرزنجي : المرجع السابق ص ١٦٠ – وكذلك

BUBISSON , op. cit., P. 35

٨٢- BUBISSON , op. cit ., P. 37 .

القاضي من جانبه – نظرا لأهمية الموضوع – أن لا يترك الإدارة حرة في تقدير ملاءمته ، وذلك استنادا الى اعتبارات العدالة والاعتبارات العملية (٨٣) .

ومن أهم الاستثناءات التي مد فيها القضاء الإداري الفرنسي رقابته الى مجال الملاءمة اجراءات الضبط المحلي وقرارات الضبط التي تمس الحريات العامة وحرية التجارة والصناعة (٨٤) .

وقد أخذ القضاء الإداري في مصر بهذا الاستثناء ، فقرر بسط رقابته على ملاءمة قرارات الضبط وهو ما يبدو واضحا في أحكامه الأولى منذ نشأته(٨٥).

بيد أن القضاء الإداري في مصر لم يكتف بهذا الاستثناء ولكنه أضاف اليه استثناء آخر يتعلق ببعض قرارات التأديب (قرارات تأديب العمد والطلبة) ، حيث مارس رقابته على ملاءمة هذه القرارات ، ثم عمم هذه الرقابة بعد ذلك بالنسبة الى جميع قرارات التأديب ، وهو ما ظهر جليا في حكم المحكمة الإدارية

٨٣- الدكتور عصام البرزنجي : المرجع السابق ص ١٧٢ و ٤٢٣ .

٨٤- C.E 19/5/1933, S. Benjamine, L. 41, S. 1934.3.1

C.E 3/7/1947, Gwiller , L. 292.

C.E 23/1/1953, Naud, L. 322.

C.E 29/7/1953 Demaziere et autres , L. 407.

TEITGEN,La police municipale , these , Nancy 1934, P.415.

٨٥- أحكام محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٩/٦/١٦ قضية ٦٥٧ لسنة ٣ ق المجموعة السنة ٣ ص ١١٥، وفي ١٩٥٢/١/٢٢ قضية ١٦٧ لسنة ٥ ق المجموعة السنة ٦ ص ٣٤٠ ، وفي ١٩٥٣/٤/٢٩ قضية ١٠٢٦ لسنة ٦ ق، المجموعة السنة ٧ ص ٢٧-١ وفي ١٩٥٢/٦/٣٠ قضية ٥٦٨ لسنة ٣ ق المجموعة السنة ٦ ص ١٢٦٦ وفي ١٩٥٦/٣/٢٥ قضية ٣١٢٧ لسنة ٧ ق المجموعة السنة ١٠ ص ١٢٨. وهو أيضا ما أيدته المحكمة الإدارية العليا منذ أول انشائها – راجع أحكامها في ١٩٥٧/٤/١٣ قضية ١٥١٧ لسنة ٢ق ، المجموعة لسنة ٢ ص ٨٨٦، وفي ١٩٦١/٥/١٣ قضية ٦٧ لسنة ٢ ق المجموعة السنة ٦ ص ١٠٢٠ وفي ١٩٦٨/١١/٩ قضية ٨٨٢ لسنة ١١٣ق ، المجموعة السنة ١٤ ص ٢٨ .

العليا الصادر في ١٩٦١/١١/١١ (٨٦) . والذي صاغت فيه هذه المحكمة نظريتها الشهيرة في الغلو .

وقد اضطر مجلس الدولة الفرنسي حديثا ، في محاولة منه لتلافي سهام النقد من جانب الفقه (٨٧) ، الى محاكاة القضاء الإداري المصري في مد رقابته على ممارسة الإدارة لحرية التقدير في قراراتها التأديبية ، ففي عام ١٩٧٨ بسط مجلس الدولة الفرنسي في قضية " ليبون " (٨٨) رقابته على القرارات التأديبية للإدارة لتشمل الرقابة على مدى تناسب الجزاء كالتأديبي مع الخطأ الوظيفي الذي ارتكبه الموظف،الا أن المجلس أسس رقابته هذه على نظرية الخطأ

٨٦- في القضية ٥٦٣ لسنة ٧ ق ، المجموعة السنة ٧ ص ٢٦ - وراجع أيضا الدكتور عبد الفتاح حسن : التأديب في الوظيفة العامة - القاهرة ١٩٦٤ ص ٢٨٢ وما بعدها والأحكام العديدة التي أشار اليها في هذا الصدد .

٨٧- كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض مباشرة أية رقابة على مدى جسامة العقوبة التأديبية وتناسبها مع الخطأ المنسوب الى الموظف باعتبار ذلك من اطلاقات السلطة التأديبية التي لا يعقب عليها مجلس الدولة راجع مثلا :

C.E 28/4/1976 , Gorin , L. 975.

وقد أدى هذا الموقف الى انتقاد الفقه لمسلك المجلس حيث استنكر الفقه أن يكون للادارة تحت ستار حرية التقدير سلطة انزال عقوبات تحكمية متفاوتة بصورة ملفتة للنظر لما في ذلك من انتقاص للضمانات التأديبية للموظفين ، راجع ،

Jacques MOURGEON , La repression administrative , Paris, 1967, P . 311- 313.

٨٨- راجع في هذا الحكم والتعليق عليه :

AUBY.Le controle juridictionnel du degre de gravite

D'une sanction disciplinaire note sur:

C.E 9/6/1978 , Lebon , R.D.P. 1979 .

= PACTEAU, Le nouveau controle du juge administratif sur les sanc-

الظاهر(٨٩). خلافا لما انتهى اليه القضاء الإداري في مصر منذ عام ١٩٦١ الى تأسيس هذه الرقابة على فكرة الغلو .

فقد استقر القضاء الإداري في مصر على أن " الأصل أن يقوم الجزاء على أساس التدرج تبعا لجسامة الذنب الإداري ، وعلى أنه وان كان للسلطات التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك ، الا أن مناط مشروعية هذه السلطة - شأنها كشأن أية سلطة - تقديرية أخرى - ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره ، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي تغياه القانون من التأديب ، فيخرج التقدير عندئذ من نطاق المشروعية الى نطاق اللامشروعية ومن ثم يخضع هذا التقدير لرقابة القضاء الإداري الذي يخضع له أيضا تعيين الحد الفاصل بين النطاقين ، ومناط تقدير الجزاء التأديبي هو أن يكون الجزاء عادلا بأن يخلو من الاسراف في الشدة أو الاغراق في اللين لأن كلا النقيضين ليس فيهما خبر على حسن سير المرافق العامة ويجافيان المصلحة العامة التي تعتبر جهات الادارة قوامة عليها " (٩٠) .

ولا ريب في تقديرنا في أن اجتهاد القضاء الإداري واتجاهه الى توسيع مدى رقابته لتشمل جوانب السلطة التقديرية في مجال الحريات العامة والتأديب هو اجتهاد محمود لأنه يحقق المزيد من الضمانات في حالات تستوجب رقابته واشرافه ، ويحدو بالسلطة الادارية الى تجنب الاسراف في استعمال السلطات الاستثنائية في مواجهة الحريات العامة ، أو المغالاة الصارخة فيما توقعه من اجراءات تأديبية .

= tions disciplinaires disproportionnees,

note sur: C.E 9/6/1978, Lebon , D. 1979. 30 .

AUBY, Note sur C.E 7/11/1979, Mme Boury Nauron , R.D.P.

٨٩- راجع في هذه النظرية :

KORNPROBST, L'erreur manifeste , D. 1965. 121.

٩٠- محكمة القضاء الإداري في ١٩٧٠/١٢/٣٠ قضية رقم ١٢٧٤ لسنة ٢ ق (استئنافية). المجموعة السنة ٢٥ بند ٦ ص ٣٨ .. كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٧/٣/٤ القضيتان رقما ١١٤١ لسنة ١١ ق و٢٩٧ للسنة ١٢ ق، المجموعة السنة ١٢ ص ٧٢٢ .

إتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠م
الخاصة بقمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات

بقلم الدكتور إحسان هندي *

---

* مدرس بقسم القانون له العديد من البحوث والمؤلفات في القانون الدولي العام .

من المعلوم أن القانون هو وليد الحاجات الانسانية ، ولذلك فان التشريعات القانونية تعقب عادة المخترعات العلمية وتنظم استخدامها : وهكذا فلولا اختراع السيارات لما كان هناك " قانون المرور " ، ولولا استخدام الطائرات وتحليقها في الجو لما نشأ " القانون الجوي DROIT AERIEN " ، ولولا اختراع الصواريخ والأقمار الصناعية واطلاقها في الفضاء لما نشأ " قانون الفضاء DROIT DE L'ESPACE (1) .

وتأسيساً على هذا يمكن القول إنه لو بقيت الملاحة الجوية سليمة ومضمونة – كما كانت بين ١٩٤٥ و١٩٥٥ – لما ظهرت أية حاجة الى عقد اتفاقيات دولية تمنع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات LA CAPTURE ILLICITE, D'AERONEFS وهو الجرم الذي نطلق عليه تبسيطاً «جـرم اختطـاف أو خطف الطائرات»، والذي تم عقد اتفاقية لاهاي تاريخ ١٦ كـانـون الأول / ديسمبر ١٩٧٠ لردعه والمعاقبة على ارتكابه.

والحقيقة هي أن الملاحة الجوية لم تعد سليمة ولا مضمونة من الأخطار في العقود الثلاثة الأخيرة (١٩٥٨ – ١٩٨٨) ، حيث تفشت حوادث اختطاف الطائرات وتحويل مساراتها بالقوة منذ بداية الستينات ، وظلت تتصاعد من حيث العدد والخطورة كما وكيفا ، منذ ذلك الوقت حتى الآن : فبين عامي ١٩٦١ و ١٩٦٩ بلغ عدد حوادث اختطاف الطائرات ١٣٢ حادثة (٢) ، وذلك مقابل ١٢ محاولة فاشلة (٣) .

---

١) من المعلوم أن " القانون الجوي DROIT AERIEN " أقرب الى فروع القانون التجاري ، بينما قانون الفضاء DROIT DE L'ESPACE هو فرع من فروع القانون الدولي العام .

٢) د. سمعان بطرس فرج الله : " تغيير مسار الطائرات بالقوة – مقال منشور في (المجلة المصرية للقانون الدولي) – المجلد ٢٥ – ١٩٦٩ – ص ١٦٧ – ١٧٨.

٣) GILBERT GUILLAUME : " LA CONVENTION DE LA HAYE DU 16 DECEMBRE 1970 POUR LA REPRESSION DE LA CAPTURE ILLICITE D'AERONEFS " - ARTICLE PUBLIE IN A.F.D.I. (1970) - PP. 53 s.

وفي عام ١٩٦٨ فقط تعرضت ٣١ طائرة لتحويل مساراتها الأصلية ، وارتفع العدد الى ٨٠ حادثة عام ١٩٦٩ (٤) وأكثر من ٩٠ عملية في الفصول الثلاثة الأولى من عام ١٩٧٠ (٥) ، وفي ٨٠٪ من هذه العمليات توصل المختطفون الى تحقيق أغراضهم من عملية الخطف ،

وفيما يتعلق بهذه الأغراض ينبغي التذكير بأن أغلب خاطفي الطائرات يدعون وجود دوافع سياسية لعملياتهم ، ولكن هذا لا يمنع من القول إن بعض عمليات الاختطاف والتحويل DETOURNEMENT تمت أحياناً من قبل مرتزقة مطلوبين للعدالة (٦)، وأحياناً أخرى من قبل رجال مختلين عقلياً أو نفسياً، مما يعطي لعمليات اختطاف الطائرات خطورة اضافية، حيث إن عملية الاستيلاء على طائرة مدنية تتضمن بشكل أكيد " تعريض الطائرة وحياة الركاب الذين على متنها للخطر بعمل من أعمال العنف أو التهديد بالقيام بمثل هذا العمل"(٧) .

ولأخذ فكرة عن جسامة الخطر الذي يتعرض له ركاب طائرة مختطفة في الجو يكفي أن نعلم أنه اذا أُطلقت طلقة رصاص واحدة ضمن احدى الطائرات ، وهي محلقة في الجو، وأصابت جهاز الكهرباء أو الهيدروليك أو التزويد بالأوكسجين، أو خرقت زجاج احدى النوافذ ، فان ذلك يمكن أن يقود الى كارثة جوية قد تقضي على الطائرة وطاقمها وجميع ركابها(٨)، وأحيانا قد تمتد الكارثة الى غير الطاقم والركاب أيضا (كأن تسقط فوق مبنى مأهول أو فوق حشد من الناس) .

---

٤) في الفترة الواقعة بين ١٣ أبريل و١٣ نوفمبر ١٩٦٩ فقط حدثت أربعون عملية اختطاف طائرات أو تحويل لمسارها بالقوة (انظر اللائحة في ملحق الوثيقة الصادرة عن منظمة الطيران المدني الدولية O.A.C.I - GWP/5091) .

٥) LA REVUE GENERALE DE L'AIR ET DE L'ESPACE - NO 3-1968

٦) ALONA EVANS" : AIRCRAFT HIJACKING ; IT'S CAUSE AND CURE " IN. A.J.I.L. - OCT. 1969 - NO 4 :

٧) أنظر الوثيقة الصادرة عن منظمة الطيران المدني برقم : O.A.C.I - GWP 884

وأنظر أيضا مقال الدكتور فرج الله – مذكور أعلاه – ص ١٦٧ .

8) MANKIEWICZ : (R.H) " LE PROJET DE LA CONVEN TION DE LA HAYE" ... ARTICLE PUBLIE IN A.F.D.I 1969 P. 469 .

وكان من الطبيعي أن تهتم الحكومات المعنية بالأمر ، وأن تحاول القيام باجراءات وقائية ، وأحيانا رادعة ، ضد عمليات اختطاف الطائرات والقائمين بها:

أ – فمن حيث الاجراءات الوقائية :

قامت بعض الدول بتزويد مطاراتها بآلات تفتيش دقيقة ، وكاميرات اليكترونية ، للكشف عن وجود أسلحة أو متفجرات في حقائب الركاب ، وبتفتيش جميع الأمتعة التي يشك فيها ، سواء أكانت برفقة أصحابها أم لا . كما قامت أحيانا بوضع رجال أمن مسلحين ، متخفين في هيئة ركاب عاديين ، على متن طائراتها ، وبتزويد هذه الطائرات بدائرات تليفزيونية مغلقة يرى الطيار على شاشتها جميع ما يجرى في مقصورات الركاب ، وبفصل هذه المقصورات عن كابينة القيادة بباب مقاوم للرصاص لا يفتح الا من الداخل .

ب – ومن حيث الاجراءات الرادعة :

لم تكن أغلب تشريعات الدول الجزائية تعاقب على جرم الاستيلاء غير المشروع على الطائرات LA CAPTURE ILLICITE D'AERONEFS كجرم خاص بذاتــه SUI GENERIS بحسب المفهوم الذي جاءت به اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠، وانما كان من الممكن المعاقبة عليه تحت وصف آخر مثل : حمل سلاح بدون ترخيص ، استخدام العنف والتهديد ، احتجاز حرية أشخاص بشكل غير مشروع ، السرقة بالاكراه ، الاضرار بأملاك الغير .... الخ (٩) .

ولكن لما استفحلت أعمال اختطاف الطائرات قامت بعض الدول ، بين ١٩٦٠ و ١٩٧٠، بسن تشريعات جنائية خاصة بقمع أعمال اختطاف الطائرات كجرائم خاصة ومستقلة ، والمثال على ذلك المادة ١٩٨ من قانون العقوبات الأرجنتيني ، والمادتان ١١و١٤ من قانون العقوبات الاسترالي لعام ١٩٦٣ ، والفقرة الثالثة من المادة ١٧٠المضافة الى قانون العقوبات المكسيكي بالمرسوم الصادر في ٢٤ كانون

---

9) LA SEMAINE JURIDIOUE , 1969 - NO 16023 et 1970 , NO 16540

وأنظر كذلك الدكتور فرج الله – مذكور قبلا – ص ١٦٩ .

الأول / ديسمبر ١٩٦٨ (١٠) ، والقانون الكوبي الصادر بتاريخ ١٦ سبتمبر / أيلول ١٩٦٩ ، بالاضافة الى القانون الأميريكي الاتحادي الصادر بتاريخ ٥ سبتمبر / أيلول ١٩٦١ تحت تسمية " قانون القرصنة الجوية " AIRCRAFT PIRACY ACT(١١) . ولم تقف " المنظمة الدولية للطيران المدني O.A.C.I (١٢) مكتوفة الأيدي حيال استفحال حوادث خطف الطائرات وتحويل مسارها بالقوة ، حيث قامت بعقد مؤتمرات دولية عديدة انتهت الى التوقيع على ثلاث اتفاقيات في هذا المجال وهي :

١) اتفاقية طوكيو بتاريخ ١٤ سبتمبر / أيلول ١٩٦٣ ، الخاصة بقمع الجرائم التي تحدث على متن الطائرات أثناء تحليقها في الجو (١٣) .

---

١٠) تعاقب المادة ١٩٨ من قانون العقوبات الأرجنتيني من يختطف طائرة في حالة طيران ، أو أثناء الفترة التي تسبق الطيران مباشرة ، بالسجن من ٣ الى ١٥ سنة . وتعاقب المادة ١٤ من القانون الجزائي الأسترالي لعام ١٩٦٣ على مثل هذا العمل ب ١٤ سنة سجن . أما القانون المكسيكي فيعاقب على ذلك بعقوبة السجن من ٥- ٢٠ سنة بموجب الفقرة الثالثة من المادة ١٧٠ المضافة بالمرسوم الصادر بتاريخ ٢٤ ديسمبر ١٩٦٨ .

وأما قانون الطيران الاتحادي المدني الأميريكي لعام ١٩٥٨ ، والمعدل عام ١٩٦١ فيفرض على جرائم خطف الطائرات عقوبة ٢٠ سنة سجن أو الاعدام في حالات معينة .

(١١) كان من الأصح تسمية هذا القانون بالانجليزية :(AIRCRAFT HIJACKING)

بدلا مـــن (AIRCRAFT PIRACY)

حيث أن اختطاف الطائرات وتحويل مسارها بالقوة يختلف عن (القرصنة الجوية) من حيث أنه يتم من داخل الطائرة ، بينما القرصنة الجوية تتم بعمل من خارج الطائرة .

١٢) أنشئت هذه المنظمة عام ١٩٤٧ استنادا الى اتفاقية شيكاغو لعام ١٩٤٤ الخاصة بالطيران المدني الدولي .

١٣) أنظر نص هذه الاتفاقية في كتاب " القانون الدولي العام : وثائق ومعاهدات دولية " للدكتور محمد يوسف علوان - عمان - ١٩٧٨-ص ١٤٤- ١٥٢ ، وأنظر شرحا موجزا لأحكام هذه الاتفاقية في مقال الدكتور فرج الله المشار اليه أعلاه .

٢) اتفاقية لاهاي بتاريخ ١٦ ديسبر / كانون الأول ١٩٧٠ ، والخاصة بقمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات (١٤) .

٣) اتفاقية مونتريال بتاريخ ٢٣ سبتمبر / أيلول ١٩٧١ ، الخاصة بقمع أعمال الاعتداء على سلامة الطيران المدني ومنشآته الأرضية (١٥) .

وكل من هذه الاتفاقيات الثلاث تكمل الأخريين ، حيث أن الاتفاقية الأولى تتعلق بقمع الجرائم العامة التي تقع على متن الطائرات (قتل ، اعتداء مسلح ، سطو ، أخذ رهائن ... الخ) بدون أن تتعلق بجرم تحويل مسار الطائرات حصرا ، وهو الجرم الذي تم عقد معاهدة لاهاي لعام ١٩٧٠ لردعه ، وأما اتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١م فتستهدف قمع أعمال الاعتداء على سلامة الطيران المدني ككل بما في ذلك منشآته الأرضية (المطارات ، أبراج المراقبة ، المدارج ..... الخ) .

وأهم هذه الاتفاقيات الثلاث بالنسبة لموضوع بحثنا هي – كما يظهر من عنوانه أعلاه – الاتفاقية الثانية ، أي اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ ، التي سنلقي بعض الضوء على مضمونها من خلال الفقرات الخمس التالي :

معلومات عامة عن الاتفاقية – نطاقها التطبيقي – الصفة الدولية لجرم الاستيلاء على الطائرات – الاختصاص القضائي في ملاحقة الجرم – الملاحقة الجنائية والعقوبات التي يمكن النطق بها ، ثم ننهى البحث بفقرة حول " تطبيق الاتفاقية في الواقع الدولي".

أولا : معلومات عامة عن الاتفاقية :

نظرا لتفشي أحداث خطف الطائرات واستفحال آثارها في أواسط الستينات ، نادت عدة منظمات دولية متخصصة بوجوب الوقوف في وجه هذه الأعمال غير المشروعة . وهكذا تبنت " المنظمة الدولية للطيران المدني O.A.C.I "، و" اتحاد شركات النقل الجوي " I.A.T.A" والاتحاد الدولي لنقابات الطيارين I.F.A.L.P.A

١٤) أنظر نص هذه الاتفاقية في كتاب الدكتور محمد يوسف علوان المشار اليه أعلاه – ص ١٥٢ ومابعدها .

١٥) أنظر نص هذه الاتفاقية وشرحا مبسطا لها باللغة الفرنسية في : " التقويم السنوي الفرنسي للقانون الدولي A.F.D.I. لعام ١٩٧١ – ص ٨٥٥ – ٨٧٥.

عدة اجراءات في هذا المجال . وأهم هذه الاجراءات جاءت على يد " المنظمة الدولية للطيران المدني " ، حيث عقدت الجمعية العامة لهذه المنظمة مؤتمرا لها في مدينة بيونس آيرس ، واتخذت في نهاية مؤتمرها هذا قرارها رقم A/16/37 تاريخ ١٦ كانون الأول / ديسمبر ١٩٦٨ بخصوص ردع أعمال اختطاف الطائرات أو تحويل مسارها بصورة غير مشروعة ، وقام مجلس المنظمة " LE CONSEIL باتخاذ عدة تدابير تطبيقية لتنفيذ قرار الجمعية العامة المشار اليه أعلاه (١٦) .

كما تم تكليف لجنة متفرعة عن اللجنة القانونية COMITE AD - HOC بوضع مشروع اتفاقية دولية لردع أعمال الاستيلاء غير المشروع على الطائرات (١٧) . وقد اجتمعت هذه اللجنة في مدينة مونتريال مرتين : المرة الأولى فيما بين ١٠ و ٢١ شباط / فبراير ١٩٦٩ ، والمرة الثانية بين ٢٣/سبتمبر و٣ تشرين الأول / أكتوبر من العام نفسه ووضعت مشروعا للاتفاقية المطلوبة .

وقد ناقشت اللجنة القانونية ، التي تضم ٤٢ مندوبا ، هذا المشروع ، ثم احالته الى الدول الأعضاء في المنظمة لدراسته ووضع ملاحظاتها عليه قبل دعوة هذه الدول نفسها للاجتماع على شكل مؤتمر دبلوماسي لمناقشة المشروع واقراره .

وقد تم عقد المؤتمر المذكور في لاهاي بين ١ و١٦ كانون الأول / ديسمبر ١٩٧٠ بدعوة من الحكومة الهولندية ، وتحت رعاية المنظمة الدولية للطيران المدني ، وضم ممثلين لسبع وسبعين دولة (١٨) ، وانتهى لاقرار المشروع في ١٦ كانون الأول / ديسمبر ١٩٧٠ من قبل خمس وسبعين دولة ، وتم التوقيع عليه مباشرة من ٥٠

---

١٦) A.F.D.I . 1968 - PP . 518 - 520 .

١٧) E.DU PONTAVICE : " LA PIRATERIE AERIENNE : NOTIONS ET EFFETS "

IN: REVUE GENERALE DE L'AIR ET DE L'ESPACE - 1969- NO 3- PP. 266 - 291 .

١٨) أنظر هذه الدول بالتفصيل في الوثيقة : O.A.C.I/A 17/1 JUSQU'A A 17/24

دولة تقوم بتنفيذ ٩٠٪ من الرحلات الجوية في العالم كله (١٩) ، وقد دخلت الاتفاقية حيز التطبيق يوم ١٤ تشرين الأول / أكتوبر ١٩٧١ (٢٠) .

وقد بلغ عدد الدول التي صدقت على هذه الاتفاقية ، حتى منتصف عام ١٩٧٤ ، خمسا وثلاثين دولة بينها دولتان عربيتان هما الأردن والعراق ، ثم ازداد عدد الدول التي صدقتها باضطراد بين الدول العربية وغيرها ، وكان آخر دولة عربية صدقتها - على حد علمنا - هي الامارات العربية المتحدة بتاريخ ١٩٨١/٣/٩(٢١) .

وتتكون هذه الاتفاقية ، كما هو الحال في بقية الاتفاقيات الدولية من ثلاثة أقسام : ديباجة ، ومتن ، وبنود ختامية .

١) الديباجة أو المقدمة PREAMBULE :

تتضمن الغرض الذي استهدفته الدول الأطراف من عقدها وذلك عبر الفقرات التالية: " ان الأطراف في هذه الاتفاقية ، مقدرين أن أفعال الاستيلاء غير المشروع أو ممارسة السيطرة على الطائرات وهي في حالة طيران تعرض سلامة الأشخاص والممتلكات للخطر ، وتؤثر تأثيرا خطيرا على تشغيل الخطوط الجوية وتزعزع ثقة شعوب العالم في سلامة الطيران المدني ، ومقدرين أن وقوع هذه الأفعال يعتبر من الأمور التي تثير قلقا بالغا ، ومقدرين الحاجة الملحة الى ايجاد قواعد مناسبة لمعاقبة مرتكبي مثل هذه الأفعال بغية منع وقوعها، قد اتفقوا على مايلي .... " .

٢) المتن أو نص الاتفاقية LE DISPOSITIF :

يتكون متن الاتفاقية من احدى عشرة مادة تشكل في جملتها نصاً واحداً بدون أي تقسيم الى أبواب وفصول .

---

١٩) GILBERT GUILLAUME - OP. CIT . P. 38

٢٠) تنص احدى مواد الاتفاقية على دخولها حيز التنفيذ بعد مرور ثلاثين يوما من ايداع عشرة تصديقات من قبل دول شاركت في المؤتمر .

٢١) أنظر المرسوم الأميري رقم ٨ لعام ١٩٨١ - منشور في الجريدة الرسمية لدولة الامارات - مجلد عام ١٩٨١.

وتحدد المادة الأولى من الاتفاقية أركان " جريمة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات " ، بينما تلقى المادة الثانية واجبات تعاقدية على عاتق كل دولة طرف في الاتفاقية بقمع هذه الجريمة ، وذلك بفرض " عقوبات مشددة " على من يرتكبها . وتبحث المادة الثالثة في نطاق تطبيق الاتفاقية ، وأما المادة الرابعة فتبحث في الاختصاص القضائي للدول الأطراف . وتتحدث المادة الخامسة عن حالة خاصة هي حالة اشتراك عدة دول في ملكية واستثمار شركة خطوط واحدة (مثل الخطوط الاسكندينافية SAS،وطيران الخليج) (٢٢) ، وأما المادة السادسة فتحدد الاجراءات الواجب اتباعها بحق الفاعل من قبل الدولة التي يوجد على اقليمها .

واذا لم تقم الدولة المذكورة بتسليم الفاعل الى الدولة التي طالبت بتسليمه حسب قواعد " الاسترداد الجنائي "EXTRADITION" عليها أن تحيله الى محاكمها الجنائية بموجب نص المادتين السابعة والثامنة . أما المادة التاسعة فتوجب على الدولة التي تحط الطائرة المختطفة في اقليمها أن تتحفظ عليها مؤقتا ، ثم أن تسهل لطاقم الطائرة والركاب متابعة رحلتهم في أقرب وقت ممكن . وتبحث المادة العاشرة في " المساعدة القضائية " التي تقدمها احدى الدول الأطراف الى الأخرى في هذا المجال ، بينما تلزم المادة الحادية عشرة كل دولة طرف في الاتفاقيةبتقديم المعلومات الضرورية التي بحوزتها الى مجلس منظمة الطيران المدني عن ظروف الجريمة وعن الاجراءات التي اتخذتها تجاه الفاعلين .

٣) البنود الختامية LES CLAUSES FINALES

وتتكون من المواد الثلاث الأخيرة في الاتفاقية (المواد ١٢و ١٣ و ١٤) ، وتبحث جميعا في النواحي الاجرائية بالنسبة للاتفاقية ، حيث تنص المادة ١٢ على كيفية تسوية النزاعات التي يمكن أن تنشب بين الدول الأطراف بخصوص تفسير وتطبيق هذه الاتفاقية . بينما تنص المادة ١٣ على كيفية توقيع الاتفاقية وتصديقها ، وتاريخ دخول الاتفاقية حيز التطبيق . وأما المادة الرابعة عشرة الأخيرة فتبحث في كيفية الانسحاب من الاتفاقية ، وتنص على أن هذا الانسحاب

---

٢٢) تملك (الخطوط الجوية الاسكندنافية) حكومات السويد والنرويج والدانمرك ، وتملك (طيران الخليج) أربع دول خليجية عربية هي سلطنة عمان ، قطر ، البحرين ، الامارات العربية المتحدة

لا يأخذ مفعوله الا بعد مرور ستة أشهر على ايداعه لدى الحكومات المكلفة بحفظ وثائق التصديق .

وبعد هذا تأتي العبارة الختامية المعتادة لانهاء نصوص الاتفاقيات الدولية وهي:

" عمل في لاهاي يوم السادس عشر من ديسمبر ١٩٧٠ على ثلاث نسخ أصلية تضم كل منها أربعة نصوص باللغات الفرنسية والانجليزية والأسبانية والروسية».

ثانيا نطاق تطبيق الاتفاقية :

لا تنطبق اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ على جميع حالات اختطاف الطائرات وانما يجب التمييز في ذلك حسب عدة معايير للاختصاص أهمها : الاختصاص الموضوعي أو المادي ، والاختصاص الشخصي ، والاختصاص الظرفي ، والاختصاص المكاني . وسنشرح كلا من هذه الاختصاصات على التوالي :

أ) من حيث الاختصاص الموضوعي أو المادي RATIONE MATERIAE

ان الفقرة الأولى من المادة الأولى في اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ تعرف جرم " الاستيلاء غير المشروع على الطائرات " بأنه : " كل عمل يتم باللجوء الى القوة ، أو بالتهديد باللجوء الى القوة ، أو باستعمال أي شكل من أشكال الاكراه ، يكون من شأنه الاستيلاء على احدى المركبات الجوية أو ممارسة السيطرة عليها ، أو يشرع بارتكاب أي من هذه الأعمال " .

واذا حللنا هذه الكلمات نجد أن اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ لم تكتف بتجريم " تحويل مسار الطائرات DETOURNEMENT" وانما نصت على ردع جميع حالات " الاستيلاء غير المشروع على الطائرات "LA CAPTURE ILLICITE D'AERONEFS" وان لم يصحبه تحويل في مسارها(٢٣)، وهذا ما يشكل تقدما ملحوظا عن اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ ، لأن المادة ١١ من هذه الأخيرة لم تكن تمنع جريمة " اختطاف الطائرة والاستيلاء غير المشروع عليها » بحد ذاتها وإنما منعت ارتكاب الجرائم على متنها . وإن الاستيلاء على طائرة لا يستلزم

---

٢٣) GILBERT GUILLAUME - OP .CIT . P. 39

قيادة الطائرة من قبل الفاعل أو أحد شركائه بل يكفي في ذلك أن " يستولي على مركبة جوية S'EMPARER D'UN AERONEF " كأن يأمر الطيار أو مساعده أو شخصا آخر من جماعته بتحويل مسار الطائرة الى اتجاه آخر أو بتبديل السرعة أو تغيير ارتفاع الطيران ....الخ .

ويجب أن يكون الاستيلاء "غير مشروع ILLICITE " ولم يحدد النص حالات المشروعية وعدم المشروعية ، ولذا يجب العودة الى قانون كل دولة . وعلى هذا لا تنطبق الاتفاقية مثلا عندما يحاول قائد الطائرة اختطاف طائرته وتحويل مسارها فيرد عناصر الأمن الموجودون ضمن الطائرة على ذلك بالسيطرة عليها واعادتها الي مسارها الأصلي أو الى الدولة التي تملكها .

وكذلك اذا صدرت أوامر من الشركة التي تتبعها الطائرة الى أحد أفراد طاقمها بتولي قيادة الطائرة بدلا من قائدها الأصلي ، وقام القائد المعين الجديد بالاستيلاء عنوة على قيادة الطائرة ، فانه لا يعتبر خاطفا لها " (٢٤) .

ومن جهة أخرى فان الاستيلاء الذي تجرمه الاتفاقية هو الذي يأتي نتيجة لاستخدام أعمال العنف غير المشروعة أو التهديد باستخدامها ، ولكن تعبير "العنف VIOLENCE "هنا يجب فهمه ضمن المعنى الواسع , LATO SENSU وهذا يشمل أي عمل يكون من شأنه " اخافة شخص عاقل عادي " ، سواء أكان هذا العمل ماديا أم نفسيا ، وعلى هذا اذا هدد أحد الركاب قائد الطائرة بأنه سيتعرض لأحد أفراد أسرته بالقتل أو الخطف ان لم يغير مسار الطائرة ، فان هذا التهديد يعتبر من قبيل " العنف غير المشروع " الذي تحدثت عنه الاتفاقية اذا كانت هناك أسباب جدية تدعو لأخذ هذه التهديدات بعين الاعتبار . وهناك تقدم ملحوظ حققته اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ عن اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ في هذا المجال ، حيث أن النص الأصلي لمشروع اتفاقية طوكيو كان يذكر لفظ "التهديدات MENACES أو أية وسائل أخرى ANY OTHER MEANS " ولكن عند المناقشة النهائية للمشروع حذف المؤتمر هذه العبارات . وهكذا فان المادة ١١ من اتفاقية طوكيو لا توجب اتخاذ تدابير خاصة في عمليات اختطاف الطائرات الا اذا وقعت هذه العمليات عن طريق استخدام القوة المادية (٢٥) .

---

٢٤) الدكتور فرج الله - مذكور قبلا - ص ١٧٠ .

٢٥) المرجع السابق مباشرة ص ١٧١ .

وقد سدت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ هذا النقص وذلك بالنص في مادتها الأولى على فقرة اضافية تقول " أو باستعمال أي شكل آخر من أشكال الاكراه " وبهذا أصبحت جميع أنواع العنف والاكراه غير المشروع التي تتم ممارستها على الطائرة مجرمة. INCRIMINES بموجب هذه الاتفاقية . كل ماهنالك أن هذه الأعمال يجب أن تكون من قبيل الفعل الايجابي (القيام بعمل) ، وليس الفعل السلبي (الامتناع عن عمل) لأنه لا يمكن تصور اكراه قائد الطائرة وطاقمها على تحويل مسارها عن طريق القيام بفعل سلبي ، أي عن طريق الامتناع عن عمل يأمربه القانون.

ولا تكتفي المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ بتجريم " الفعل " فقط ، وانما تجرم " المحاولة ATTEMPT : TENTATIVE " أيضا ، وهكذا تتحقق جريمة الاستيلاء غير المشروع على طائرة اذا حاول شخص ما السيطرة عليها في الجو ثم فشلت محاولته لأي سبب كان ، كأن يداهمه عناصر الأمن الموجودون في الطائرة ويسيطرون عليه .

وهنا أيضا حققت اتفاقية لاهاي تقدما ملحوظا عن اتفاقية طوكيو لأن هذه الأخيرة لم تستخدم عبارة " المحاولة " تماما وانما جرمت " العمل " نفسه ، سواء أتم ارتكابه أم " لا زال على وشك الوقوع ABOUT TO BE COMMITED " وهذا تعبير أقل وضوحا من المحاولة نفسها. ومن الملاحظ أن نص الاتفاقية استخدم تعبير " مركبة جوية AERONEF: AIRCRAFT " ولم يستخدم تعبير "طائرة AVION : AEROPLANE " لأن أحكام الاتفاقية تنطبق على جميع المركبات الجوية المستخدمة في النقل الجوي المدني سواء أكانت هذه المركبات طائرات نفاثة أو مروحية أو سمتية (هليوكبتر) أو شراعية PLANEURS أو حتى مناطيد جوية بشرط أن تكون مسجلة في احدى الدول الأطراف وأن تستخدم في عمليات النقل الجوي المدني .

ولا يستثنى من ذلك الا الطائرات التي تستخدمها الدولة مباشرة AERONEFS D'ETAT لأغراض جمركية أو أمنية . وهذا الاستثناء الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثالثة في الاتفاقية سبق أن نصت عليه كل من اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ ، واتفاقية شيكاغو الخاصة بالطيران المدني الدولي لعام ١٩٤٤ .

ولا يمتد هذا الاستثناء ليشمل الطائرات الرسمية المخصصة لتنقلات رئيس الدولة وبقية رجال الحكومة، حيث أن أحكام الاتفاقية تعود لتطبق في هذه الحالة.

أما بالنسبة للطائرات التجارية المدنية أوالتي تستأجرها سلطات عسكرية لأغراض مدنية (نقل العسكريين في الاجازات مثلا) فليس هناك نص في الاتفاقية يمكن تأويله على أساس أنه يشملها أو لا يشملها في حكمه (٢٦) .

ب) من حيث الاختصاص الشخص RATIONE PERSONAE:
قضت الاتفاقية بملاحقة الفاعل جزائيا مهما كانت جنسيته سواء أكان يحمل جنسية دولة طرف في الاتفاقية أم غير طرف فيها ، وسواء أكان من جنسية الدولة التي تملك الطائرة (دولة التسجيل L'ETAT D'ENREGISTREMEN) أو من جنسية دولة أخرى. ويجب ملاحقة الفاعل جزائيا على جريمة الاستيلاء غير المشروع علي طائرة ، أو محاولته ذلك ، مهما كانت دوافعه ، وسواء أكانت لديه نية السرقة أم لا ،كما أن الأهداف السياسية - إذا وجدت - فانها لا تعفي من الملاحقة وانما يمكن اعتبارها ، في رأينا ، كنوع من " الظروف المخففة CIR-CONSTANCES ATTENUANTES" عند النطق بالعقوبة.ولا تلعب الحصانة الدبلوماسية أي دور في هذا المجال اذ أن الفاعل بفرض كونه معتمدا لدى الدولة التي تحمل الطائرة جنسيتها ، لا يتمتع بذات الصفة في الدول الأخرى المكلفة بالملاحقة الجزائية ، وهي الدولة التي تحط الطائرة فيها ، والدولة التي تمر الطائرة المختطفة في أجوائها ، والدولة التي يحمل الضحية - في حال وقوع ضحايا - جنسيتها ... الخ .

ولا تقتصر الملاحقة الجزائية على الفاعل فقط وانما تشمل الشريك في الجرم أيضاً . ولم تحدد المادة الأولى في الاتفاقية معنى " الاشتراك الجنائي " COM-PLICITE "وشروط تحققه ، ولذا لا مفر من العودة في هذا المجال الى الكتب الفقهية العامة في القانون الجنائي ، والى الأحكام الواردة في القوانين الداخلية (المادة ٦٠ من قانون الجزاء الفرنسي مثلا).

ولكن جرم الاشتراك في الاستيلاء على طائرة لا ينطبق عموما الا اذا كان هذا الشريك - وكذلك الفاعل - على متن الطائرة المخطوفة ، وأما الشركاء الأرضيون

---

٢٦) "MANKIEWICZ : LE PROJET DE LA CONVENTION DE LAHAYE...." OP. CIT.

فلا تطالهم أحكام الاتفاقية (٢٧) ، وانما تطبق عليهم أحكام القانون الداخلي للدولة صاحبة الولاية الاقليمية . وينجم عن هذا أن أحكام (الاسترداد أو التسليم EXTRADITION) التي نصت عليها الاتفاقية لا تطبق على الشركاء الأرضيين ، حيث يخضع هؤلاء لأحكام القواعد العامة للاسترداد .

ولم تنص أحكام اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ على جرم " التحريض على اختطاف الطائرات " ولذا تطبق في هذا المجال الأحكام الفقهية العامة والقواعد التي تحكم التحريض في القوانين الجزائية الوطنية الخاصة بكل دولة على حده .

جـ) من حيث الاختصاص الظرفي RATIONE CONDITIONIS

لا تطبق أحكام اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ على طائرة ، أو على أي مركبة جوية بتعبير أعم ، الا لما تكون هذه " في حالة طيران EN VOL: IN FLIGHT " ولكن حالة الطيران لا تعني أبدا وجوب أن تكون الطائرة " محلقة في الجو " حصرا ، بل هي تشمل طيلة الفترة الممتدة من لحظة اغلاق أبواب الطائرة الخارجية استعدادا للاقلاع (ولو لم تتحرك الطائرة بعد) ، وحتى لحظة توقف الطائرة بعد الهبوط وفتح واحد من أبوابها على الأقل لانزال الركاب ، أي أن الظروف التي تطبق فيها الاتفاقية هي : منذ نهاية " تحميل الركاب EMBARQUEMENT وحتى لحظة بدء " انزال الركابDEBARQUEMENT" . واذا استخدمنا العبارات الواردة في اتفاقية طوكيو يمكن القول أن " حالة الطيران " تمتد " منذ اللحظة التي يتم فيها تشغيل القوة المحركة للطائرة بهدف الاقلاع .

FROM THE MOMENT WHEN FOWER IS APPLIED FOR THE PURPOSE OF TAKE - OFF

وحتى "اللحظة التي تنتهي فيها الطائرة من قطع ممر الهبوط" "WHEN THE LANDING RUN ENDS".(٢٨)

---

٢٧) اقترح مندوب هولندا على المؤتمر أن تشمل أحكام الاتفاقية حالة الشركاء الأرضيين أيضا ، ولكن المؤتمر رفض اقتراحه بأغلبية ٣٥ صوتا ضد ٢٤ وامتناع ١١ عن التصويت .

٢٨) الدكتور فرج الله – مذكور قبلا – ص ١٧١

وهذا الحكم المقتبس عن الفقرة الثانية من المادة الخامسة في اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ ، تم اقتراح ادراجه في اتفاقية لاهاي من قبل المندوب البريطاني الى المؤتمر ، فتمت الموافقة عليه بأغلبية ٢٤ صوتا ضد ١٨ وامتناع ٢٥ عن التصويت، وأصبح يشكل نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة في اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠.

وعلى هذا اذا بدأت محاولة الاستيلاء على الطائرة قبل تشغيل القوة المحركة واغلاق الأبواب وفشلت المحاولة قبل الاقلاع ، لا تطبق الاتفاقية في هذه الحالة وانما يطبق القانون الجزائي للدولة صاحبة الولاية الاقليمية . وعلى العكس اذا نجحت المحاولة وأقلعت الطائرة المستولى عليها تطبق الاتفاقية ، حتى لوكانت العملية قد بدأت قبل تشغيل القوة المحركة واغلاق الأبواب .

وبما أن جريمة اختطاف الطائرات هي نوع من (الجريمة المستمرة CRIME CONTINU) فانه في حالة الهبوط القسري تمتد الجريمة إلي حين اضطلاع مراجع الاختصاص بمسئوليتها حيال الطائرة وما تحمله من ركاب وبضائع(٢٩). ومما قلناه أعلاه يمكننا أن نستنتج أن من يقوم بجرم الاستيلاء غير المشروع على طائرة ما ، أو من يحاول ذلك ، يجب أن يكون موجودا على متن الطائرة نفسها لكي تنطبق عليه أحكام اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ . وعلى هذا لا تطبق أحكام هذه الاتفاقية على أعمال تحويل مسار الطائرات بأمر من الأرض أو بواسطة طائرة أخرى ، حيث تطبق في مثل هذه الحالات أحكام اتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١ من جهة ، والقانون الوطني للدولة صاحبة الولاية الاقليمية من جهة ثانية ، وقواعد العلاقات الدولية من جهة ثالثة . وقد تقدمت " جمعية القانون الدولي " باقتراح الى مؤتمر لاهاي لحذف تعبير " على متن مركبة جوية "لجعل الاتفاقية تنطبق حتى على أعمال الاستيلاء على الطائرات بعمل ينطلق في خارجها ، فتم رفض هذا الاقتراح بأغلبية ٣٥ صوتا ضده وامتناع ١٤ عن التصويت .

وكان المؤتمر محقا – حسب رأينا – في هذا الرفض ، لأن هذه النقطة بالذات هي فيصل التمييز بين " الاستيلاء غير المشروع على الطائرات " وهو ما يطلق

---

٢٩) أنظر آخر الفقرة الأولى من المادة الثالثة في الاتفاقية .

عليه بالانجليزية HIJACKING وبين القرصنة الجوية AIR PIRACY ، حيث أن الأول يتم بعمل من داخل الطائرة المخطوفة نفسها ، بينما الثانية تتم بعمل من خارجها (٣٠) .

د) من حيث الاختصاص المكاني RATIONE LOCI

تطبق الاتفاقية مبدأيا على جميع " مركبات الطيران المدني الدولي " حين يكون مطار الهبوط في اقليم دولة غير الدولة التي يوجد فيها مطار الاقلاع ، وذلك بصرف النظر عما اذا كان خط مسار الطائرة الأصلي " داخليا " أو دوليا " . ويمكننا توضيح هذا المبدأ بالحالات التطبيقية التالية :

١) ان الطائرات التي تستخدم في الطيران الداخلي ، والتي يتم تحويل مسارها ضمن النطاق الاقليمي الجوي للدولة التي تملكها ، لا تنطبق عليها أحكام هذه الاتفاقية ، حيث أن الدولة صاحبة الولاية الاقليمية تكون صاحبة الحق في فرض قانونها الوطني لحكم هذه الحالات . وهكذا اذا تم تحويل مسار طائرة تركية مثلا في طريقها من اسطنبول إلى أنقرة ضمن المجال الجوي التركي فالقانون الجزائي التركي هو الواجب التطبيق في هذه الحالة ولا تنطبق أحكام الاتفاقية .

٢) ان الطائرات التي تستخدم في الطيران الدولي لا تنطبق عليها الاتفاقية فيما لو تم تحويل مسار الطائرة الى مطار داخلي يتبع دولة التسجيل (الدولة التي تملك الطائرة) : وعلى هذا اذا تم تحويل مسار طائرة فرنسية أقلعت من مطار باريس باتجاه روما فوق مدينة ليون ، وتم اقسارها على الهبوط في مطار مدينة نيس (الفرنسية) فان أحكام القانون الجنائي

---

٣٠) في شأن التفريق بين " الاستيلاء غير المشروع على الطائرات " و" القرصنة الجوية " أنظر المادة ١٥ من اتفاقية جنيف بخصوص أعالي البحار لعام ١٩٥٨ ، وأنظر كذلك البحث التالي :

HICHOLAS M. POULANTZAS : " HIJACKING V. AIRPIRACY " IN : " REVUE HELLENIQUE DE DROIT INDERNATIONAL " - 23e ANNEE (1970)- P. 180

الفرنسي هي التي تطبق حصرا في هذا المجال وليس أحكام الاتفاقية(٣١).

٣) وفي المقابل تطبق أحكام الاتفاقية في حال كون خط الملاحة الأساسي للطائرة خطا داخليا ، ولكن تم الاستيلاء على الطائرة وتحويل مسارها الى خارج الدولة . وهكذا لو كانت الطائرة الفرنسية المذكورة أعلاه متجهة من باريس الى مرسيليا وتم تحويل مسارها الى الجزائر مثلا فانه يجب تطبيق أحكام الاتفاقية في هذه الحالة (٣٢) .

٤) كذلك تطبق الاتفاقية ولو كان مطار الاقلاع ومطار الهبوط في النطاق الاقليمي لدولة واحدة اذا كانت الطائرة المختطفة مسجلة في دولة أخرى : والمثال على ذلك ما لو تم تحويل خط سير طائرة كندية متجهة من نيويورك الى مونتريال في المجال الجوي الأمريكي ، وأجبرت على الهبوط في مدينة شيكاغو الأمريكية ، حيث أن أحكام اتفاقية لاهاي هي التي تحكم هذه الحالة وليس القانون الأمريكي المعروف باسم " قانون القرصنة الجوية AIRCRAFT PIRACY ACT "،وعلى العكس فان هذا الأخير هو الواجب التطبيق لو كانت جنسية الطائرة أميريكية.والنص القانوني الذي يحدد نطاق تطبيق الاتفاقية من حيث الاختصاص المكاني هو الفقرة الثالثة من المادة الثالثة في الاتفاقية والتي تنص على ما يلي : " لا تنطبق هذه الاتفاقية الا اذا كان مكان اقلاع الطائرة التي ارتكبت على متنها الجريمة ، أو مكان هبوطها الفعلي ، واقعا خارج اقليم دولة التسجيل ، وذلك بصرف النظر عما اذا كانت الطائرة مستخدمة في رحلة دولية أو داخلية ".

ومن جملة ماقلناه حتى الآن في شأن " نطاق تطبيق الاتفاقية " يمكن أن نستخلص أنها تطبق في جميع حالات " الاستيلاء غير المشروع على الطائرات " أو تحويل مسارها " ، مهما كان نوع وجنسية هذه الطائرات ، ولا يستثنى من ذلك الا الحالات التالية :

---

٣١) GILBERT GUILLAUME - OP. CIT - P. 45

٣٢) IBID .

١) الطائرة المختطفة التابعة لدولة ليست طرفا في الاتفاقية ولم يجر تحويلها نحو اقليم دولة عضو في الاتفاقية .

٢) الطائرة التي تم اقلاعها والاستيلاء عليها ثم هبوطها ضمن المجال الجوي لدولة معينة ، اذا كانت هذه الطائرة مسجلة في ملكية هذه الدولة .

٣) الطائرة التي تم تحويلها فوق البحر العالي المتصل بالبحر الاقليمي للدولة التي تملكها اذا تمكنت هذه الدولة من استعادة الطائرة بدون أن تمر في أجواء دولة أخرى .

٤) الطائرات العسكرية ، والطائرات المدنية المكلفة بمهام عسكرية أو جمركية أو أمنية (وهي ما يسمى : طائرات الدولة AERONEFS d'ETAT) .

٥) الطائرات التي يتم الاستيلاء عليها في أرض المطار قبل اغلاق أبوابها الخارجية استعدادا لعملية الاقلاع .

٦) الطائرات التي يتم الاستيلاء عليها في أرض المطار بعد هبوطها وتوقفها تماما على الأرض ، وفتح واحد أو أكثر من أبوابها لنزول الركاب منها .

وفي غير هذه الحالات الست فان عمليات الاستيلاء غير المشروع على الطائرات تحكمها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ ، ويجوز المطالبة باسترداد الفاعلين استنادا لنصوص هذه الاتفاقية بالذات .

ثالثا) الصفة الدولية لجرم الاستيلاء على الطائرات :

لم تلزم اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ الدولة التي تهبط فيها طائرة مختطفة ، بمحاكمة القائم بجرم الاختطاف ، كما إن الاتفاقية المذكورة لم تضع على عاتق الدولة الطرف فيها الزاما قانونيا بتسليم الفاعل الي الدولة التي تطلب استرداده لملاحقته على الجرم ومعاقبته .

وقد سدت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ هذا النقص حيث أقامت نوعا من الاختصاص الدولي international jurisdiction بحيث يجد الفاعل نفسه ملاحقا جنائيا من أكثر من دولة ، وذلك كما فعلت اتفاقيات أخرى لملاحقة

جرائم ذات صفة دولية مثل اتفاقية جنيف لتاريخ ٢٠ أبريل / نيسان ١٩٢٩ الخاصة بقمع جرائم تزييف العملة ، واتفاقية جنيف لتاريخ ٢٩ أبريل / نيسان ١٩٥٨ الخاصة بقمع أعمال القرصنة في أعالي البحار ، واتفاقية ٣٠ آذار / مارس ١٩٦١ الخاصة بقمع تهريب المخدرات (٣٣) .

وهكذا جاءت المادة الرابعة من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ بنص مرن يضمن ايجاد دولة واحدة على الأقل مختصة بمعاقبة جرم الاستيلاء غير المشروع على طائرة وتحويل مسارها ، حيث أنها أعطت اختصاصا لثلاث دول – على الأقل – بملاحقة الفاعل ومحاكمته ، وهي :

١- دولة التسجيل L' ETAT D'ENREGISTREMENT أي الدولة التي تملك الطائرة وترفع هذه الأخيرة علمها ، فاذا كانت الطائرة مؤجرة لدولة ثانية هي التي تستغلها فعلا L' ETAT D'EXPLOITATION تصبح هذه الأخيرة مختصة أيضا .

٢- دولة مطار الهبوط :L' ETAT D'ATTERRISSAGE : أي الدولة التي تحط فيها الطائرة المختطفة اذا كان الفاعل لا يزال موجودا على متنها ، واذا نجح الفاعل في مغادرة اقليم الدولة التي حطت فيها الطائرة يجب على كل دولة يظهر في اقليمها أن تقوم بإعمال اختصاصها القضائي لملاحقته ومعاقبته اذا لم تشأ تسليمه الى الدولة صاحبة الاختصاص الأصلي بحسب أحكام المادة الثامنة من الاتفاقية .

٣- الدولة التي يعطيها قانونها الوطني هذا الحق حتى اذا كانت الاتفاقية لا تجعلها مختصة في ذلك (٣٤) . وهكذا اذا نص قانون في دولة ما على أن محاكمها مختصة للنظر في جرائم خطف الطائرات اذا مرت الطائرة المختطفة عبر أجوائها ، يمكنها ملاحقة الفاعل اذا دخل في أراضيها ، كما يمكنها أن تطلب الى الدولة التي يوجد فيها هذا الفاعل أن تسلمه اليها لمحاكمته .

---

٣٣) فيما يتعلق باشكالات ملاحقة الجرائم من هذا النوع يمكن مراجعة مقدمة كتاب أستاذنا الدكتور عبد الوهاب حومد : " الاجرام الدولي " ص – ١٤ – مطبوعات جامعة الكويت – الطبعة الأولى ١٩٧٨.

٣٤) أنظر الفقرة الثالثة من المادة الرابعة في الاتفاقية .

والمثال الفعلي لهذا النوع من الاختصاص نجده في المادة ٦/١٢١ من قانون الطيران المدني الفرنسي ، والتي تنص على أن المحاكم الفرنسية هي المختصة في الجرائم التي تحدث على متن طائرة أجنبية اذا كان الفاعل أو الضحية من الجنسية الفرنسية (٣٥) .

واذا كانت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ قد منحت للدول الأطراف فيها نوعا من الاختصاص الدولي لمعاقبة جرائم خطف وتحويل مسار الطائرات ، كما أشرنا، فانه لا يمكن القول أنها جعلت من هذا الجرم " جريمة دولية DELICTA JUS GENTIUM " لأنها لو فعلت ذلك لأصبحت جميع دول العالم - وليس ثلاث دول أو أربع فقط - مختصة بملاحقة الفاعل ومحاكمته .

وكل مافعلته الاتفاقية في هذا المجال أنها أنشأت التزاما ذا طابع دولي يفرض على كل دولة متعاقدة يوجد الفاعل فوق أراضيها بأن تقوم باعتقاله حسب الشروط المذكورة في المادة السادسة منها ، وبأن تعلم الدول المشار اليها في الفقرة الرابعه من المادة المذكورة بهذا الاعتقال حتى اذا كانت هذه الدول ليست طرفا في الاتفاقية .

ولا يحق لدولة غير طرف في الاتفاقية أن تطلب الى الدولة التي يوجد فيها الفاعل أن تسلمه لها استنادا لأحكام الاسترداد الواردة في المادة الثامنة من الاتفاقية ، ولكن يحق لها أن تطلب استرداده استنادا لأحكام الاتفاقات الثنائية التي عقدتها والى القواعد العامة لتسليم المجرمين في القانون الدولي .

رابعا : الاختصاص القضائي في ملاحقة الجرم :

تلقي المادة الرابعة من الاتفاقية على عاتق الدولة التي تملك الطائرة (دولة التسجيل) بواجب ملاحقة الفاعل جنائيا ومحاكمته .

وهذه المادة المقتبسة عن المادة الثالثة من اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ تخلق اشكالا معينا بالنسبة لطائرات الخطوط التي تعود ملكيتها لعدة دول (مثل الخطوط الجوية SAS السكاندينافية ، وطيران الخليج GULF AIR ،وطيران

---

٣٥) GILBERT GUILLAU ME - OP . CIT. P-49

افريقيا AIR AFRIQUE) والتي نشأت حسب نص المادة ٧٧ في اتفاقية شيكاغو لعام ١٩٤٤ الخاصة بالطيران المدني الدولي (٣٦) .

ولهذا تنص المادة الخامسة من اتفاقية لاهاي على أن مثل هذه الدول يجب أن تعين ، بالنسبة لكل طائرة من طائرات المؤسسة المشتركة ، الدولة التي تمارس الاختصاص القضائي لدولة التسجيل عليها فيما يتعلق بأهداف المعاهدة .

والجدير بالذكر هو أن نص المادة الرابعة المذكورة أعلاه لا ينصب على جرم الاستيلاء غير المشروع على الطائرة وتحويل مسارها فقط ، وانما على أي عمل آخر من أعمال العنف له صلة مباشرة بالجرم يقوم به الفاعل ضد الركاب أو الطاقم أو تجهيزات الطائرة نفسها .

وفي جميع هذه الحالات يحق للدولة مالكة الطائرة (دولة التسجيل) أن تطلب استرداد الفاعل بحسب أحكام المادة الثامنة من الاتفاقية ، ولكن هذا الحق ليس امتيازا مقصورا عليها ، كما أنه لا يتم بصورة آلية .

ولقد رفض واضعو الاتفاقية تبني أسلوب (الاسترداد الآلي L'EXTRADITION AUTOMATIOUE) لصالح دولة التسجيل ، ولكنهم صاغوا النص بشكل تكون هناك فيه دوما دولة واحدة علي الأقل مختصة بملاحقة الجرم ، ولم يقبلوا اعطاء أي أولوية لدولة على أخرى من حيث امكانية ممارسة الاختصاصات القضائية في ملاحقة الفاعل وطلب استرداده ومحاكمته ومعاقبته..... إلخ .

واذا تم تحويل طائرة تابعة لدولة غير عضو في الاتفاقية ، وهبطت في أراضي دولة عضو فيها ، يحق للدولة المالكة غير العضو الاستفادة من نصوص الاتفاقية بطلب استرداد الطائرة المختطفة وتسليمها ملف القضية ، ولكن لا يجوز لها طلب استرداد الفاعل بالاستناد الى المادة الثامنة من الاتفاقية (لأنها ليست طرفا فيها) كما سبق أن نوهنا (٣٧) .

---

٣٦) يمكن الاطلاع على النص الكامل لهذه الاتفاقية في كتاب الدكتور محمد يوسف علوان – مذكور قبلا – ص ١٠٢ وما بعدها .

٣٧) GILBERT GUILLAUME - OP . CIT . P. 44

هذا بالنسبة للدولة المالكة أو دولة التسجيل ، وأما بالنسبة للدولة التي تحط الطائرة المختطفة في اقليمها (دولة مطار الهبوط) فان من واجبها ملاحقة الفاعل ومعاقبته اذا كان لايزال موجودا على متن الطائرة ، واذا لم تقم بملاحقة الفاعل ومعاقبته فانه يجب عليها تلبية طلب الاسترداد الذي تتلقاه من (دولة التسجيل) استنادا للمادة الثامنة من الاتفاقية .

واذا تمكن الفاعل من مغادرة الاقليم الذي هبطت فيه الطائرة بدون عقاب ولجأ الى دولة ثالثة فعندها تطبق بحقه الفقرة الثامنة من المادة الرابعة في الاتفاقية ، والتي تقضي بوجوب إعمال هذه الدولة لاختصاصها القضائي في ملاحقة الفاعل ومعاقبته اذا لم تشأ تسليمه الى الدولة التي طلبت استرداده (٣٨) .

وتنص المادة السادسة من الاتفاقية بأنه " على الدولة الطرف في الاتفاقية التي يوجد الفاعل فوق أراضيها أن تؤمن اعتقاله أو أن تتخذ التدابير الضرورية للتحفظ عليه " ، سواء أكانت هذه الدولة هي الدولة التي حطت الطائرة في اقليمها أثناء تحويل مسارها (بشرط أن يكون الفاعل لازال على متنها) ، أو كانت الدولة التي لجأ اليها الفاعل بعد اتمام ارتكابه للجرم ، ولكن هذه الدولة ليست ملزمة باعتقال الفاعل دوما وانما " اذا اقتنعت أن الظروف تتطلب ذلك LORSQUE LES CIRCONSTANCES LE JUSTIFIENT " فقط. وقد تقدم مندوبا حكومتي البرازيل والأرجنتين أثناء عقد مؤتمر لاهاي باقتراح لحذف العبارة المذكورة أعلاه ، وذلك لكي يصبح اعتقال الفاعل وتوقيفه أمرا لا مفر منه ، فسقط الاقتراح عند التصويت عليه .

خامسا) الملاحقة الجنائية والعقوبات :

تضع المادة السابعة من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ خيارين لا ثالث لهما أمام الدول الأطراف فيما يتعلق بملاحقة جرم الاستيلاء غير المشروع على الطائرات " وهما : توقيف الفاعل ومحاكمته ، أو تسليمه الى الدولة التي تطلب استرداده ضمن الشروط المنصوص عنها في المادة الثامنة .

---

٣٨) تمت اضافة هذه الفقرة الى المادة المذكورة بناء على اقتراح المندوب الإسباني ، وجرى اقرارها بأغلبية ٣٤ صوتا مقابل ١٧ وامتناع ١٢ عن التصويت .

١) التوقيف والمحاكمة :

ان الدولة المعنية بموجب نص المادة السابعة السابقة الذكر ، اذا لم تقم بتسليم الفاعل الى دولة أخرى طلبت استرداده ، عليها أن تحيل ملف القضية الى سلطاتها القضائية المختصة لملاحقة الفاعل جنائيا ، سواء أتمت الجريمة فوق اقليمها الوطني ، أم فوق اقليم دولة أخرى ، أم فوق البحار العليا .

ولكن نظر القضية من قبل أجهزة الدولة القضائية المختصة يخضع من حيث الشكل والموضوع لأنظمة هذه الدولة نفسها . وهكذا مثلا اذا كان من حق النيابة العامة بحسب هذه الأنظمة أن تحفظ الدعوى ، فلها أن تحفظها أو تحركها بحسب ماتراه مناسبا ، ولكن بشرط عدم مخالفة هذه الأنظمة .

وينطبق هذا بشكل خاص على حالة وجود دوافع سياسية وراء عملية اختطاف الطائرة ، حيث يحق للنيابة العامة حفظ القضية وعدم ملاحقة الفاعل اذا كانت قوانين الدولة تعطيها مثل هذا الحق .

والمهم في الأمر عدم مخالفة أجهزة الدولة القضائية لقوانين الدولة نفسها عند ملاحقة جرم الاختطاف ، وعدم قبول أي استثناء من تطبيق الاجراءات الجنائية التي تقضي بها القوانين في هذا المجال (٣٩) .

وتأخذ المادة السادسة من الاتفاقية ببعض أحكام المادة ١٣ من اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ فيما يتعلق بتوقيف فاعل الجريمة والتحقيق الذي يجب اجراؤه بعد التوقيف . وبموجب هذه الأحكام يحق للفاعل أن يتصل مباشرة بأقرب ممثل للدولة التي يحمل جنسيتها ، وعلى الدولة التي يوجد الفاعل تحت سلطتها أن تقدم له جميع التسهيلات الضرورية لكي يتمكن من اجراء هذه الاتصالات،وعلى هذا يتمتع الفاعل هنا بتسهيلات أكثر مما يوجد عادة في الاتفاقات الثنائية التي لا تجيز الاتصال بالقناصل الا بعد فوات مهلة معينة (لا تتجاوز عادة الأسبوع الواحد) على التوقيف . وبموجب الفقرة الرابعة من المادة المذكورة (المادة ٦ من اتفاقية لاهاي) يجب على الدولة الطرف في الاتفاقية عندما تقبض على الفاعل أو من يشتبه بأنه الفاعل (الظنين) أن تعلم (دولة التسجيل) مباشرة بذلك ، وأن

---

٣٩) VOIR O.A.C.I. - DOCUMENT N o 8838 - P.6

تعلم كذلك الدولة التي يحمل الفاعل جنسيتها ، والدولة التي تستثمر الطائرة اذا كانت غير دولة التسجيل .

ومن واجبها كذلك ارسال ملف التحقيق البدائي الى هذه الدول ، وأن تبين لها فيما اذا أرادت ممارسة اختصاصها بالملاحقة الجنائية أم لا ، وبهذا الشكل يمكن للدول المعنية الأخرى طلب استرداد (تسليم) الفاعل اذا شاءت (٤٠)

٢) التسليم L' EXTRADITION :

لم تنص اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ على واجب التسليم ، وأما المادة الثامنة من اتفاقية لاهاي فقد استدركت هذا النقص حيث نصت في فقرتها الأولى كما يلي :

" تعتبر الجريمة احدى الجرائم القابلة للتسليم من التي تتضمنها أي معاهدة تسليم تكون قائمة بين الدول المتعاقدة ، وتتعهد الدول المتعاقدة بأن تدرج هذه الجريمة في أية معاهدة تسليم تعقد مستقبلا كاحدى الجرائم القابلة للتسليم " .

والجريمة المذكورة في هذا النص هي " الاستيلاء غير المشروع على احدى المركبات الجوية " ضمن الشروط التي حددتها المادة الأولى من الاتفاقية .

وفي حالة عدم وجود معاهدة تسليم يحق " لدولة مطار الهبوط L'ETAT D'ATTERRISSAGE " أن ترفض تسليم الفاعل أو الظنين الى " دولة التسجيل" وخاصة في حالة وجود سبب سياسي أو بسبب جنسية الظنين .

وهكذا اذا كانت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ تلقى على الدول الأطراف ، بموجب المادة الثامنة منها ، واجبا بقبول مبدأ التسليم فانها لا تجعل من التسليم عملية آلية لصالح دولة التسجيل ، كما سبق أن نوهنا ، كما أنها لا تعطي هذه الأخيرة أية أولوية على بقية الدول من حيث تلبية طلب الاسترداد أو التسليم (٤١) .

---

٤٠) GILBERT GUILLAUME - OP. CIT . P. 51

٤١) تقدم وفد الاتحاد السوفياتي الى مؤتمر لاهاي باقتراح لجعل التسليم آليا فتم رفض الاقتراح بأغلبية ٣٩ صوتا ضد ١٢ صوتا وامتناع ١٠ عن التصويت . وأما الاقتراح باعطاء أولوية لدولة التسجيل على غيرها في تلبية طلب التسليم فتم رفضه بأغلبية ٤٧ صوتا ضد ١٠ أصوات وامتناع ٨ عن التصويت

وفي الحالات التي لا يوجد فيها أية معاهدة تسليم بين دولتين عضوين في الاتفاقية يرجع الى قانون البلد المطلوب اليه التسليم :

فبعض الدول مثل فرنسا لا تربط قبول التسليم بمسألة وجود معاهدة وانما تقبل التنفيذ بحسب القانون الداخلي للدولة طالبة التسليم ، بينما هناك دول أخرى مثل الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا تربط قبول التسليم بوجود اتفاق مع الدولة الأخرى يقضي بذلك ، وبهذا يستحيل عليها قبول تسليم شخص ملاحق الى دولة لم تعقد معها معاهدة تسليم (٤٢) .

وفي حال عدم وجود معاهدة تسليم بين دولتين يمكن للدولة التي يردها طلب التسليم أن تعتبر – اذا شاءت – الاتفاقية (أي اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠) كأساس قانوني موجب للتسليم ، ولكنها ليست ملزمة بذلك قانونا (٤٣) .

٣) العقوبـــة :

تنص المادة الثانية من الاتفاقية على الزام كل دولة متعاقدة " بأن تجعل الجريمة – موضوع الاتفاقية – معاقبا عليها بعقوبات مشددة DES PEINES SEVERES " .

وقد اقترح مندوبو الاتحاد السوفياتي وبولونيا مثلا وصف هذه العقوبات بأنها جنائية CRIMINELLES لضمان ألا تقل عن حد معين . كما اقترح مندوبا النمسا وايطاليا أن ينص على ألا تقل هذه العقوبات عن تلك التي يفرضها تشريع الدولة المعنية على جريمة " محاولة القتل العمد " . وأما مندوب دولة رومانيا فقد اقترح أن تكون العقوبة من نوع " العقوبات الحاجزة للحرية " حصراً .

وقد اصطدمت هذه المقترحات جميعا بعائق معين ، وهو أن النص على كون العقوبات من النوع الحاجز للحرية سيمنع من تطبيق عقوبة الاعدام عليها بالنسبة

---

٤٢) GILBERT GUILLAUME - OP. CIT . P- 54

٤٣) اقترح المندوب الهولندي الى المؤتمر الزام الدولة قانونا بتسليم الفاعل في هذه الحالة ، ولكن اقتراحه رفض بأغلبية ٣٣ صوتا ضد ٢١ وامتناع ٢٢ عن التصويت

للدول التي ترغب بالتشديد على ردعها ، والتي لاتزال تطبق عقوبة الاعدام في تشريعاتها الجنائية (كما هو الحال بالنسبة للقانون الفيدرالي الأمريكي الخاص بقمع القرصنة الجوية لعام ١٩٥٨ والمعدل عام ١٩٦١) . وبالمقابل فان النص على فرض عقوبة الاعدام بحق الفاعل قد يقود الدول التي ألغت هذه العقوبة (وهي تشكل الأغلبية في أوروبا وأمريكا اللاتينية) إلى عدم التصديق على الاتفاقية ، ولهذا تم رفض جميع هذه الاقتراحات وبقي نص المادة الثانية كما وضعته اللجنة القانونية للمنظمة وهو الذي يكتفي بعبارة " عقوبات مشددة DES PEINES SEVERES (٤٤) .

وهذه العقوبات المشددة يخضع أمر تحديدها للدولة بحسب القوانين والأنظمة المطبقة فيها : فمثلا المادة ٢٨٨ من قانون العقوبات الاتحادي الجديد في دولة الامارات العربية المتحدة تنص على عقوبة السجن المؤبد لمن يقوم بمهاجمة طائرة بقصد الاستيلاء عليها أو تحويل خط سيرها بدون مقتضى ، ولكنها تنقص هذه العقوبة الى ما لا يجاوز خمس سنوات سجن اذا أقدم الفاعل على تسليم الطائرة المختطفة من تلقاء ذاته بعد ذلك (٤٥) .

وجنسية الفاعل منفصلة تماما عن جنسية الطائرة في هذا المجال ، ولهذا يجب ردع جريمة الاختطاف بقسوة مهما كانت جنسية الفاعل ، وحتى اذا كان قانون دولته الأصلية لا يعاقب على جريمة اختطاف الطائرات كجرم مستقل بحد ذاته SUI GENERIS .

وعلى كل دولة وجد الفاعل فوق أرضها أن تقوم بملاحقته واعتقاله ومحاكمته حسب الشروط المحددة في الاتفاقية ، وعلى ضوء قوانينها الداخلية . وقد يقود هذا الى محاكمة الفاعل من أكثر من دولة على التوالي ، وفي هذا خرق لقاعدة " عدم ازدواجية العقوبة NON BIS IN IDEM" .

---

٤٤) تم رفض اقتراح بولونيا والاتحاد السوفياتي ب ٣٤ صوتا ضد ١٤ وامتناع ١٦ عن التصويت، وتم رفض اقتراح النمسا وايطاليا ب ٣٣ صوتا ضد ٩ أصوات وامتناع ٢٥ عن التصويت ، كما تم رفض الاقتراح الروماني بأغلبية ٣٤ صوتا ضد ١١ وامتناع ١٦ عن التصويت .

٤٥) أنظر القانون رقم ٣ لعام ١٩٨٧ – منشور في الجريدة الرسمية لدولة الامارات – العدد ١٨٢ (عدد خاص) الصادر بتاريخ ٢٠ ديسمبر ١٩٨٧.

وتلافياً لذلك تقدمت اللجنة الفرعية الى اللجنة القانونية في المنظمة الدولية للطيران المدني باقتراح حول وجوب تطبيق هذه القاعدة يقول : " على كل دولة متعاقدة أن تمتنع عن القيام بالملاحقات القضائية تجاه الفاعل اذا أثبت هذا الأخير أنه قد حوكم وصدر قرار نهائي بخصوصه في دولة أخرى عضو في الاتفاقية . واذا حكم عيه يجب أن يثبت أنه قضى مدة العقوبة فعلا ، أو أنه نال عفوا خاصا عنها ، أو أن عقوبته قد سقطت بالتقادم " (٤٦) .

ولكن المؤتمر لم يأخذ بهذا الاقتراح ، وتجاهل النص على قاعدة " عدم ازدواجية العقوبة " ، وهذا ما يترك لكل دولة الحق في اللجوء الى تشريعها الجنائي لتقرير محاكمة الفاعل ثانية – ولو أنه سبقت محاكمته في دولة أخرى – أو عدم محاكمته على أساس أنه قد تلقى جزاءه سابقا في بلد آخر (٤٧) .

تطبيق الاتفاقية في الواقع الدولي :

ان قضية العقاب على جرائم اختطاف الطائرات وتحويل مسارها بالقوة ، هي قضية دقيقة ومعقدة وتكمن دقتها في صعوبة ملاحقة الفاعل لعدة اعتبارات

قانونية وسياسية ، داخلية ودولية في الوقت نفسه (٤٨) ، حيث أن الذي يقوم باختطاف طائرة ما ، تابعة لاحدى الدول ، يصبح بوسعه أن يجد نفسه بعد ساعات على مسافة آلاف الكيلومترات من البلد الذي خطف طائرته أو من بلده الأصلي ، وهذا ما يمكنه بسهولة من العثور على بلد آخر لا يرى له مصلحة في ملاحقته ومعاقبته .

وبالنسبة للجريمة فان الفاعل يهبط عادة في دولة يمكن أن تتجاهل ما قام به ، كأن تكون الدولة التي هو من رعاياها ، أو دولة أخرى تناصر وتدعم الآراء

---

٤٦) O.A.C.I - DOCUMENT NO 8838 - PA . 19 . - P. 7

٤٧) أنظر رأيا مخالفا لهذا في مقال الدكتور فرج الله بخصوص اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ – مذكور قبلا – ص ١٧٦ .

٤٨) Mc GILL LAW JOURNAL - 1977 - PP .. 11 s.

والأطروحات السياسية التي ينادي بها ويدعي بأنها كانت السبب وراء عملية الاختطاف (٤٩) .

وهذا ما يجعل من المستبعد قبول مثل هذه الدول تسليمه الى الدول الأخرى التي تطلب اليها ذلك ، كما لا يمكن اقسارها على التسليم لأن الأمر يتعلق بسيادتها .

وقد حاولت دول عديدة مثل الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي والبرازيل وأثيوبيا واليونان وبعض دول أوروبا الشرقية ، خلال مؤتمر لاهاي لعام ١٩٧٠ ، التركيز على فعالية الاتفاقية بجعل التسليم آليا من جهة ، وجعل الملاحقة الجنائية اجبارية من جهة ثانية ، ولكن أغلبية الدول الباقية لم تكن الى جانب هذا الرأي ، لأنها وجدت فيه مساسا واضحا بأنظمتها القضائية وتقييدا لسيادتها في هذا المجال . وخاصة تلك الدول التي تكون فيها للمعاهدات قوة القانون بحيث يمكنها أن تعدل القوانين التي تتعارض معها أو تلغيها (٥٠) .

واذا أتينا الى ميدان الواقع الدولي بوسعنا أن نتساءل : كيف يمكن لدولة مثل ألمانيا الغربية أن تلاحق جنائيا مواطنا من الأقلية الألمانية في تشيكوسلوفاكيا اذا اختطف هذا طائرة تابعة لهذه الدولة الأخيرة لكي يهرب بها ويلجأ الى ألمانيا الغربية طالما أن سياسة الحكومة الألمانية في الأساس تشجع على مثل هذا الهروب ؟ وكيف نأمل من هذه الحكومة أن تقبل طلب التسليم الذي يمكن أن توجهه لها الحكومة التشيكية في هذا الصدد ؟

وكيف بوسعنا أن نتوقع من حكومة بلد عربي أن تعاقب مقاوما فلسطينيا على خطف طائرة اسرائيلية مثلا ، طالما أن هذه الحكومة تعتقد أن المقاوم الفلسطيني حين فعل ذلك كان يتصرف في نطاق " قانون الحرب " الذي يعترف بالمقاومة الشعبية المسلحة ضد الاحتلال والاستعمار الاستيطاني ؟

من هنا يمكننا الاستنتاج بأن مشكلة " خطف الطائرات " أمر مرتبط بمشكلة أخرى هي مشكلة " الارهاب الدولي " ككل ، علما بأن هذه الأخيرة لا يمكن

---

٤٩) مما يؤيد هذا أن أغلب عمليات اختطاف الطائرات في الستينات تم تحويل الطائرات المختطفة بها الى كوبا (أنظر مقال الدكتور فرج الله - مذكور قبلا ص ١٦٧) .

٥٠) هناك دول لا تطبق المعاهدة إلا إذا صاغتها كقانون وطني .

القضاء عليها إلا بالقضاء على أسبابها العميقة سواء أكانت هذه الأسباب دولية أم سياسية داخلية أم اقتصادية أم اجتماعية !

وتأسيسا على ذلك نقول أنه ليس من المعقول أن يتمكن العالم من القضاء على جرائم اختطاف الطائرات بالاكتفاء بالتصديق على اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠ وتطبيق نصوصها فقط .

واذا كانت هذه الاتفاقية الأخيرة قد نجحت في هدفها نسبيا،اذ أن جرائم اختطاف الطائرات قد انخفضت بشكل ملحوظ وتدريجي في السنوات العشر الأخيرة (١٩٧٨-١٩٨٨) بعد أن جعلت الاتفاقية من مختطفي الطائرات نوعا من " المجرمين الدوليين " الذين تتم ملاحقتهم في شتى أنحاء العالم بمجرد أن يخرجوا من بلدهم الأصلي أو البلد الذي لجأوا اليه ، فان هذا الانخفاض في حوادث الاختطاف لا يمكن رده الى تطبيق أحكام الاتفاقية فحسب ، بل هناك عدة عوامل أخرى أدت الى ذلك أهمها اقرار سياسة الوفاق وتحقيق التعاون الدولي في مجال مكافحة الارهاب سواء عبر اتفاقيات دولية جماعية ، أم اتفاقات ثنائية في بعض الأحيان .

وعموما يمكن القول أن مشكلة اختطاف الطائرات مرتبطة ارتباطا وثيقا بمشاكل داخلية ودولية أخرى ، ولا يمكن القضاء عليها نهائيا الا بتحقيق السلام والعدل الدوليين ، واقامة تضامن اجتماعي واقتصادي أوثق بين الدول في مختلف أنحاء العالم .

مراجع البحث

أولا: المراجع العربية :

١) الدكتور سمعان بطرس فرج الله : " تغيير مسار الطائرات بالقوة " - مقال منشور في " المجلة المصرية للقانون الدولي " المجلد ٢٥ (١٩٦٩) - ص ١٦٧- ١٧٨ .

٢) الدكتور صلاح الدين عامر : " المقاومة الشعبية المسلحة " دار الفكر العربي - القاهرة - ص ٥٠١ ومابعدها .

٣) الدكتور عبد الوهاب حومد : " الإجرام الدولي " -مطبوعات جامعة الكويت - الطبعة الأولى - ١٩٧٨ .

٤) الدكتور محمد يوسف علوان : " القانون الدولي العام : وثائق ومعاهدات دولية " عمان ١٩٧٨.

٥) هيثم أحمد الناصري : " خطف الطائرات " - المؤسسة العربية للدراسات والنشر - بيروت ١٩٧٦ .

ثانياً : المراجع الأجنبية :

المراجع المشار إليها في حواشي صفحات البحث.

السِّمَاتُ القَانُونِيَّة
لاتفاقيّة مكافحة جريمة إبادة الجنس البشريّ
في القَانُونَ الدَّوليّ العَام

بقلم الدّكتور سعيد محمّد باناجه *

---

* مدرس خارج الهيئة بكلية الشريعة والقانون له أبحاث في القانون الدولي والعلاقات الدولية مع المقارنة بالشريعة الإسلامية .

تمهيـــــــد :

ان كل دول العالم في قرننا العشرين هذا ، مهتمة تقريبا بكل ما يمـــس البشرية من أذى ، وخاصة ما هو معروف في العصر الحالي بجريمة ابادة الاجناس فابتداء من عهد عصبة الأمم في سنة ١٩١٨م في ١٩١٨/٢/١١م ، وحتى قيام منظمة الامم المتحدة في ١٩٤٦/١٢/١١م ، وخاصة في قرارها الصادر من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٩٦) في دورتها الاولى في ١٩٤٦/١٢/١١م والمجمع عليه حيث يتضمن ما يلي : (ان ابادة الاجناس يعد انكارا لحق الوجود لجماعات بشرية باجمعها ، ويصيب الانسانية بأضرار جسيمة : كالقتل باعتباره انكار لحق – الشخص في الحياة ٠٠ وهذا الانكار لحق الوجود يتنافى مع الضمير العام ولا يتفق مع القانون والاخلاق وروح ومقاصد الامم المتحدة) .

فمن هذا القرار نستنتج أن منظمة الأمم المتحدة تؤكد بأن ابادة الاجناس جريمة خطيرة في نظر القانون الدولي ويدينها العالم كله . ويجب أن يعاقب مرتكبوها ، مهما كانوا فاعلين أصليين أو شركاء . وسواء كانوا حكاما للدول أو أفراد عاديين ، قد قاموا بارتكابها على أسس لها صلة بالدين أو السياسة أو الجنس أو أى أساس أخر ٠٠ كما يجب سن ما يلزم من قوانين لمنع ومعاقبة مرتكب هذه الجريمة ..

وهذا ما سنتناوله في بحثنا وفق اتفاقية مكافحة جريمة ابادة الاجناس البشرية المبرمة في ١٩٤٥/١٢/١١م والمكونة من تسع عشرة مادة ، من ناحية قانونية وفق قواعد القانون الدولي العام وتحليل ذلك ..

الأحكام والمبادىء القانونية في اتفاقية إبـــادة الأجنـــاس

نتيجة لصدور القرار الأول من الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٩٦) في دورتها الأولى بتاريخ ١١/١٢/١٩٤٦م والمجمع عليه ، .. فهذا القرار يستهدف سن تشريع دولي لمنع ومعاقبة مرتكبي جريمة ابادة الأجناس (١).

وقد صدر قرار آخر في ٩/١٢/١٩٤٨م مما أنشأ اتفاقية جديدة ذات طابع انساني واجتماعي دولي ، تعالج جريمة ابادة الأجناس . لأنها تكبد البشرية خسائر فادحة على مر السنين ، كما جاء في المادة السابعة من ذات الاتفاقية(٢). والجزاء لمن يقترف هذه الجريمة ، واضح في المادة الثالثة من هذه الاتفاقية فمثلا في الافعال التالية : –

١– ابادة الأجناس .

٢– الاتفاق بقصد ابادة الأجناس .

٣– التحريض المباشر والعلني على ارتكاب ابادة الأجناس .

٤ ـ الشروع في إرتكاب إبادة الأجناس.

٥ ـ الاشتراك في إرتكاب إبادة الأجناس.

وقد توسعت تلك المادة في الخوض عن الأفعال المؤدية لجريمة ابادة الأجناس كما أن المادة الرابعة تؤكد وجوب الجزاء على ارتكاب تلك الجريمة وفق

---

١) قرار الجمعية العامة للامم المتحدة رقم (٩٦) في ١١/١٢/١٩٤٦م. من الوثائق الرسمية للأمم المتحدة في نيويورك .

٢) نصت المادة السابقة من اتفاقية مكافحة جريمة ابادة الجنس البشري بأن :(لا تعتبر جريمة ابادة الجنس أو الافعال المنصوص عليها في المادة الثالثة من الجرائم السياسيةمن حيث تسليم المجرمين ..) وثائق ومعاهدات دولية ص ٣٥٩ د. محمد يوسف علوان – عمان الأردن سنة ١٩٧٨م.

ما نصت عليه المادة الثالثة . ومضمونها : (يعاقب كل من يرتكب جريمة ابادة الجنس أو أى فعل من الأفعال المنصوص عليها في المادة الثالثة ، سواء أكان الجاني من الحكام أو من الموظفين أو من الأفراد ٠٠) .

أما المادة الخامسة من ذات الاتفاقية ، فقد ألزمت الدول الأعضاء فيها ، بأن تتخذ الجزاء الرادع وفقا لأوضاعها الدستورية الوطنية ، والتدابير القانونية اللازمة لتطبيق أحكام هذه الاتفاقية . وبصفة خاصة النص في تشريعاتها الجنائية ، على معاقبة مرتكبي ابادة الأجناس أو الافعال التي عددتها المادة الثالثة من الاتفاقية الدولية هذه ..(٣)

كما يجب أن تنظر فيها المحاكم المختصة التي وقعت الجريمة على اقليمها ، أو أى محكمة دولية جنائية مختصة بالنسبة للأطراف المتعاقدة التي تقبل مثل هذا الاختصاص ، باعتبارها اتفاقية دولية جماعية ملزمة ومحترمة من كافة الدول . ونظرا لما تستهدفه تلك الاتفاقية من أغراض انسانية وحضاريـــة .. (٤)

كما ان هذه الاتفاقية تضم الى أطرافها معظم الدول ، مما جعلها مصدرا من مصادر القانون الدولي العام ، دون تمييز بين الدول الاطراف فيها بالنسبة لأحكامها في المادة الثالثة عشر حيث تدخل مرحلة النفاذ بعد اليوم التسعين من تاريخ ايداع الوثيقة العشرين من وثائق التصديق أو الانضمام دون أن يتوقف

---

٣) نصت المادة الخامسة من الاتفاقية بأن : تتعهد الاطراف المتعاقدة بأن تتخذ وفقا للأوضاع الدستورية الخاصة بكل منها التدابير التشريعية اللازمة لتحقيق وتطبيق احكام هذه الاتفاقية ، وعلى الأخص النص في تشريعاتها على العقوبات الجنائية الكفيلة بمعاقبة كل من يرتكب جريمة ابادة الجنس أو أى فعل من الافعال المنصوص عليها في المادة الثالثة..) وثائق معاهدات د. علوان – المصدر السابق ص ٣٦٠ .

٤) د. محمد منصور الصاوي: أحكام القانون الدولي في مجال مكافحة الجرائم الدولية سنة ١٩٨٤م الاسكندرية ص ١٠٨ وما بعدها .

ذلك على اشتراط تصديق دول بعينها لدخول الاتفاقية مرحلة النفاذ كلها سواء ، أمام محاكمها صغيرة كانت أو كبيرة (٥) .

الطبيعة الدولية لاتفاقية مكافحة جريمة ابادة الجنس البشري في القانون الدولي العام

ان من دواعي ابرام الاتفاقية الدولية لمنع ومعاقبة ابادة الأجناس ، هو بسبب ازدياد الحروب الاوربية الاستعمارية ، وخاصة الحربين العالميتين الأولى والثانية ، اللتين كانتا مسرحا لأبشع الجرائم الوحشية التي ارتكبت ضد الجنس البشري خلال العصور السابقة واللاحقة ..(٦)

وقد جاءت تلك الحروب بجرائم لأشباع نزعات عرقية جامحة دون أن يكون لها مبررا من ضرورات الحرب كاستثناء اضطراري . وقد انتهكت حقوق الانسان وأهدرت الحياة البشرية من قبل كل الدول المتحاربة ، وخاصة المانيا وايطاليا واليابان أولا ، ثم الدول المعتدى عليها ثانيا ..(٧)

---

٥) Reservation to the convebtion of the prevention and punishmnents of the crime of Genocide. I.C.J genents:- Advisory reports of Judgements opinion- of and orders 1951 . p 23

٦) د.علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام ١٩٧٥م الاسكندرية ص ٢٨٤ وما بعدها .

٧) د. محمد الصاوي المصدر السابق ص ١٤٣-١٤٦ وخاصة أمريكا بالقائها القنابل الذرية على مدينتي هيروشيما ونجازاكي خلال الحرب العالمية الثانية في اليابان .

كما استعملت جرائم وحشية كثيرة ، كالقتل بالجملة رميا بالرصاص أو القنابل الفتاكة بأنواعها أو الغاز القاتل أو عن طريق الجوع الجماعي أو الحرمان من العناية الطبية ، أو عدم الاغاثة للمدنيين والعسكريين على السواء ..(٨)

وقد أنشئت محاكم عسكرية لمعاقبة القادة المهزومين ، باعتبارهم مجرمي حرب ، وما سببوه من كوارث بشرية . فأنشئوا محكمتي : نور مبرج وطوكيو ، لمحاكمة مجرمي الحرب الدوليين ..

وكانت أحكام تلك المحاكم سببا لاقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة للاتفاقية الدولية في مكافحة جريمة ابادة الجنس البشري ، خوفا من العودة لمثل تلك الأعمال البشعة التي حدثت خلال الحربين العالميتين الماضيتين .

وفي ٩/١٢/١٩٤٨م أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم (٢٦٠) (د-٣) الخاص بالاتفاقية الدولية لمنع وعقاب ابادة الأجناس ..(٩)

ولقد أرست تلك الاتفاقية الدولية مبادىء وأحكام قانونية ، تلتزم بالعمل بها كافة الدول ، سواء أكانت طرفا أو غير طرف في الاتفاقية بالنسبة للدول غير الاطراف في الاتفاقية فتحترمها أدبيا بأعتبارها مبدأ اقرته الامم المتحدة . اما الدول الاطراف فتلتزم بها وجوبا.. ونظرا لما فيها من مبادىء وأحكام لتحقيق غايات انسانية وحضارية مدنية ، تقوم على حماية البشرية من جرائم الابادة وما فيها من خراب وخسائر وشرور ضد الانسانية ..(١٠)

---

٨) د. الصاوي المصدر السابق ص ١٤٣-١٤٦ .

٩) Convention on the prevention and punishment of sem-the crime genocide, adopted by the general as sembly of the U.N. on 9th Dec. 1948. U.n. -7.s. vol 78.1951 PP.278-286.

١٠) G.H. finish. the nurinburg trial and international. 1949. vol 41.No.1 - P.20. AJ.

وأهم ما نتناوله في بنود الاتفاقية :

١) مبدأ استبعاد جريمة ابادة الأجناس من دائرة الجرائم السياسية :

بموجب المادة الثالثة من اتفاقية مكافحة جريمة ابادة الجنس البشري ، من دائرة الجرائم السياسية الخاصة بنظام تسليم المجرمين ، وعلى أساس التعاون الدولي لردع مثل تلك الجرائم .

وقد عرفت الجماعة الدولية نظامين تساعدانها على مكافحة الجرائم ذات الطبيعةالدولية .

فالنظام الأول يقوم على مبدأ عالمية حق العقاب الذي يجعل لكل دولة ادانة ومعاقبة مرتكبي الجريمة بصرف النظر عن جنسيتهم أو مكان ارتكابهم الجريمة.

والنظام الثاني يقوم على مبدأ تسليم المجرمين وذلك بتخلي الدولة عن شخص مقيم في اقليمها ، الى دولة أخرى بناء على طلب الدولة الثانية لتعاقبه عن جريمة بموجب قانونها ، أو لتنفيذ حكم صادر عليه من محاكمها . (١١)

الا أن العرف الدولي ، لا يجيز تسليم المجرمين في الجرائم السياسية نظرا لعدم تحديد ماهية الجريمة السياسية ، ونظرا لكثرة هروب مرتكبيها بين كل الدول حيث يتعذر تسليمهم حتى ولو ارتكبوا جريمة ابادة الأجناس .. (١٢)

---

١١) الدكتور الصاوي المصدر السابق ص ٢٣٦.

هذا بالنسبة للدول أعضاء الإتفاقية أما بالنسبة للدول غير الأطراف فإنها تحترمها أدبياً باعتبارها مبدأ أقرته الأمم المتحدة . بينما تلتزم بها الدول الأطراف وجوبياً .

١٢) الدكتور أبو هيف المصدر السابق ص ٣١٠ .

د. الصاوي المصدر السابق ص ٢٣٦ .

وذلك لأن الطابع السياسي يطغي عليها في أغلب الأوقات . الا أن الاتفاقية الدولية لمنع وعقاب ابادة الأجناس ، قد كلفت من نصوصها بعدم افلات من يدان بالجريمة بحجة أنها ذات طبيعة سياسية .. (١٣)

٢) مبدأ المساواة في المسؤولية المطلقة وعدم جواز استبعاد أى فرد مِن المسئولية على أساس الحصانة :

بموجب المادة الرابعة من الاتفاقية المذكورة ، مهما كان الجناة من الحكام أو من الموظفين أو الافراد العاديين .. (١٤)

فهذه الفئات الثلاث يتساوون في المسؤولية والعقاب عند ادانتهم بجريمة ابادة الأجناس .. الا أن كثيرا من دساتير الدول المعاصرة ، تنص على عدم محاكمة رؤساء الدول عما يقترفونه من جرائم لما لهم من حصانة ، تحول عن مساءلتهم فيما ارتكبوه من جرائم .. (١٥)

والجدير بالملاحظة ان مسألةحصانة رؤساء الدول كمانع عن مساءلتهم وعقابهم عند أدانتهم لجريمة ابادة الأجناس ، كانت محل خلاف ونقاش من قبل اللجنة القانونية السادسة لمشروع الاتفاقية في الأمم المتحدة ..

---

١٣) A.duhn, the genocide convention and the state rights. vol. 43. No. 3.P.499.

١٤) F. tinken : Le genocide revue de droit penal et de crimnolgie 1947 No. 2. P.185.

١٥) د. أبو هيف المصدر السابق ص ٤٨٠ . حول حصانة رؤساء الدول في القانون الدولي .
د. الصاوي المصدر السابق ص ٢٤٥ .

وأتفقوا بالاجماع في الرأي بالنسبة لأية جريمة دولية كجريمة ابادة الأجناس بأن لا تحول الحصانة المقررة لرئيس الدولة عن مساءلته عند ادانته بمثل هذه الجريمة .. (١٦)

وقد كان لذلك أثر في محكمة نورمبرج العسكرية عندما قالت بمبدأ مسؤولية رئيس الدولة وادانته بمثل هذه الجريمة في محكمة نورمبرج العسكرية ، عندما قالت بمبدأ مسؤولية رئيس الدولة وادانته بالجرائم الدوليـة .. وهي بهذا لا تأخذ بحصانة الرؤساء في الدساتير الوطنية لأخلائهم من المسؤولية والعقاب عما ارتكبوه من جرائم كابادة الأجناس بالذات ..(١٧)

٣) اعتبار مسؤولية مرتكب جريمة ابادة الأجناس كقاعدة من قواعد القانون الدولي العام :

وخاصة بعد أن أصبح المركز الدولي للفرد ، محلا للاهتمام لقواعد القانون الدولي العام ، فيما له من حقوق وما عليه من واجبات ..

وما دام أن هناك عقاب ، فأن مسؤولية دولية توجد .. وجريمة ابادة الأجناس كجريمة دولية نصت عليها المادة الرابعة من اتفاقية لمكافحة جريمة ابادة الجنس البشري بقولها :(يعاقب كل من يرتكب جريمة ابادة الأجناس ، سواء أكان الجاني من الحكام أو من الموظفين أو الأفراد العاديين ..) (١٨)

---

١٦) G.finish:the genocide convention .op. cit. P. 733

١٧) دكتور الصاوي المصدر السابق ص ٢٤٥ .

١٨) G. finish . the ginocide convention. A.J. vol 43. P. 733 No.

وقد ظهرت فكرة المسؤولية الجنائية للفرد بعد الحرب العالمية الثانية حيث أوجدت محكمة نورمبرج ومحكمة طوكيو العسكرية ، مبدأ المسؤولية الدولية للفرد عند اقترافه جريمة دولية ..

وقد قررت تلك المحكمة : (أن جرائم القانون الدولي لا يرتكبها الا الأفراد الطبيعيين ، لاالاشخاص المعنوية . وبدون عقاب هؤلاء الافراد ، لا تتحقق الفاعلية للقانون الدولي العام .. (١٩)

٤) الأساليب التي شكلتها الاتفاقية الدولية،

لمنع وعقاب ابادة الأجناس لتحقيق الفاعلية ، لمكافحة هذه الجريمة .. وتقوم على أساس اتخاذ التدابير القانونية الضرورية لتحقيق وتطبيق مبادىء الاتفاقية بموجب المادة الخامســـة (٢٠).

وخاصة بالنص في القوانين الوطنية الجنائية ، بمعاقبة مرتكبي جريمة ابادة الأجناس أو أى فعل من الأفعال المنصوص عليها في المادة الثالثة من ذات الاتفاقية وذلك نظرا لأن كثيرا من الدول لم تنص قوانينها الداخلية على جريمة ابادة الأجناس والعقاب عليها ..

الا أن الدول اطراف الاتفاقية ، جعلت القضاء الوطني هو المختص بالعقاب على جريمة ابادة الأجناس ، وفق ما نصت عليه الاتفاقية الدولية في المادة السادسة منها : باحالة الأشخاص المتهمين بارتكاب جريمة ابادة الأجناس أو أى

---

١٩) كما ظهرت فكرة المسؤولية الجنائية أيضا بعد الحرب الأولى عندما طالبت بعض الدول في مؤتمر فرساى بمحاكمة امبراطور المانيا (غليوم) على اساس مسؤوليته الفرد ية الا انه لم يحاكم .

٢٠) د. الصاوي المصدر السابق ص ٢٤٥ .

فعل من الأفعال التي حددتها المادة الثالثة من الاتفاقية الى المحاكم المختصة في الدول التي أرتكب الفعل في اقليمها ، أو الى محكمة دولية جنائية تكون مختصة(٢١).

لذا فالقضاء الوطني جعل مختصا في تقدير المسؤولية الدولية للفرد مرتكب الجريمة الدولية ، لابادة الأجناس والعقاب عليها ، أيا كانت وظيفته..

دور مصادر القانون الدولي العام الرئيسية من مكافحـــة جرائم ابادة الأجنـــاس

أولا : الاتفاقات الدولية :

ان ابادة الأجناس كجريمة دولية ، كبدت البشرية خسائر فادحة على مر العصور مما يلزم تحرير البشرية من هذا الشر المستطير ، وذلك بالتعاون التام بين الدول والاتفاق على محاربتها ومحاكمة المعتدين ..

وقد أبرمت الاتفاقية الدولية لمكافحة ابادة الجنس البشري ، على النحو الذي ذكرناه سابقا ، مما يلزم الدول الاطراف فيها وغير الاطراف فيها ، باعتبار مبادىء هذه الاتفاقية واحكامها ، مبادىء تعترف بها ، الأمم المتمدينة . وتستهدف من ذلك تحقيق غايات انسانية وحضارية تتمثل في وحدة البقاء والحياة للجماعة البشرية في الأرض (٢٢) .

وعن مدى آثار هذه الاتفاقية ، يكمن في صدورها عن دول يدل كثرة عددها واستقلال أوضاعها ، باعتبارها تمثل كيانها وبقائها في الجماعة الدولية

---

٢١) د. أبو هيف المصدر السابق ص ٤٨٠.

٢٢) Traite du droit international public M.sipert. T.I.Dalloz. Paris 1951. P436

والانسانية . وهذا ما جعل هذه الاتفاقية بمثابة تشريع دولي ، ومصدرا من مصادر القانون الدولي العام ، يستهدف تحقيق غايات انسانية وحضارية لحماية كل الجماعات البشرية. بل وهذا ما جعل كافة الدول تلتزم بهذه الاتفاقية الدولية لمكافحة ومعاقبة ابادة الجنس البشري (٢٣)

ثانيا : مبادىء القانون العام التي أقرتها الأمم المتمدينة، كمصدر لقواعد القانون الدولي العام في مكافحة ابادة الجنس البشري (٢٤)

ان هذه الاتفاقية المبرمة لمنع ومعاقبة ابادة الأجناس ، تضم معظم دول المجموعة الدولية ويلتزم باحترامها بموجب المادة الخامسة ، حيث أنها تلزم الدول الأطراف بسن التشريعات اللازمة لتحقيق تطبيق أحكام تلك المادة في الاتفاقية ، ووجوب النص في تشريعاتها على العقوبات الجنائية ، وذلك بمعاقبة كل من يرتكب جريمة ابادة الجنس البشري (٢٥)

كما أن محكمة العدل الدولية ، قد أقرت في فتواها بتاريخ ١٩٥١/٥/٢٨م بخصوص التحفظ على هذه الاتفاقية الدولية لمنع وعقاب ابادة الأجناس :(بأن المبادىء العامة التي قررتها هذه الاتفاقية ، وهي مبادىء أقرتها الأمم المتمدينة مما يلزم كافة الدول ، الأطراف وغير الأطراف في هذه الاتفاقية المذكورة .. (٢٦)

---

٢٣) Cavaré: Le droit international public . 1974 T2. Paris P.568.

٢٤) Reservation to the convention on the punishment of the crime of genocide. Advisory opinion. op.cit. P.2

٢٥) Le droit international public . op.cit. P.569.

٢٦) Reservation to the convention on the punishment of crime of genocide . I.C.J. op. cit P.24 Advisory openion.

دور الأجهزة الدولية الرئيسية للأمم المتحدة في مجال مكافحة جرائم ابادة الأجنـــــاس

المعروف أن أجهزة الأمم المتحدة الدولية بموجب المادة السابعة الفقرة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة ، فان الأجهزة الرئيسية التابعة للأمم المتحدة هي : الجمعية العامة ، المجلس الاقتصادي والاجتماعي ، مجلس الأمن ، مجلس الوصاية ، محكمة العدل الدولية .. (٢٧)

كما نصت المادة الثامنة من الاتفاقية الدولية لمكافحة جريمة ابادة الجنس البشري بأن : (لكل طرف متعاقد في هذه الاتفاقية ، أن يرفع الأمر الى الأجهزة المختصة للأمم المتحدة ، لكي تتخذ وفقا لأحكام الميثاق ما يلزم من تدابير ملائمة للوقاية من أعمال ابادة الأجناس أو أي فعل من الأفعال المنصوص عليها ، في المادة الثالثة أو العقاب عليها ...) (٢٨) .

كما أن المقصود من تلك الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة ، أنها تنظر في كل ما نصت عليه المادة الثامنة من الاتفاقية الدولية لمنع وعقاب ابادة الأجناس ، وفق ما يلي :

بأن ابادة الجنس البشري في هذه الاتفاقية يقصد به : أى فعل من الأفعال الآتية التي ترتكب بقصد القضاء جزئيا أو كليا على جماعة بشرية ، بالنظر الى صنعتها الوطنية أو العرفية أو الدينية أو الجنسية ...(٢٩)

---

٢٧) الدكتور الصاوي المصدر السابق ٤٣٣.

٢٨) دكتور علوان المصدر السابق وثائق ومعاهدات دولية ص ١٨٥ .

٢٩ دكتور الصاوي المصدر السابق ص ٥٨١ ومابعدها .

L.Cavare : Le droit international public op.cit.P.569.

ويتمثل ذلك في :

١) قتل أعضاء هذه الجماعة .

٢) الاعتداء الجسيم على أفراد هذه الجماعة جسمانيا أو نفسيا ..

٣) اخضاع الجماعة عمدا لظروف معيشية من شأنها القضاء عليها ماديا، كليا أو جزئيا .

٤) اتخاذ وسائل من شأنها اعاقة التناسل داخل هذه الجماعة .

٥) نقل الصغار قسرا من جماعة الى أخرى .

وتنص المادة الثالثة من ذات الاتفاقية بأنه يعاقب على الأفعال التالية :

١) ابادة الأجناس .

٢) الاتفاق بقصد ارتكاب جريمة ابادة الأجناس .

٣) التحريض المباشر المعلن على ارتكاب جريمة ابادة الأجناس .

٤) الشروع في ارتكاب جريمة ابادة الأجناس .

والجدير بالذكر أن أيا من الاتفاقيات الدولية لمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية ، لم تشر الى مثل ما نصت عليه المادة الثامنة من الاتفاقية الدولية لمنع وعقاب ابادة الأجناس ، عدا نص المادة الثامنة من اتفاقية مكافحة ابادة الأجناس (٣٠) .

---

٣٠) دكتور الصاوي المصدر السابق ص ٨٢ .

دور الأجهزة الداخلية الوطنية
في مجال مكافحة ابادة الأجناس (٣١)

بموجب المادة الخامسة من الاتفاقية الدولية لمكافحة وعقاب ابادة الجنس البشري : فان الدول الأطراف تلتزم - وفقا لقوانينها الدستورية - باتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق تطبيق أحكام الاتفاقية وخاصة بالنص في القوانين الجنائية الوطنية على معاقبة كل من يرتكب جريمة ابادة الأجناس أو أى فعل من الأفعال المنصوص عليها في المادة الثالثة من ذات الاتفاقية ..

كما أن الأجهزة الداخلية للدول ، عندما تقوم بتنفيذ قواعد القانون الدولي بما فيها القواعد الدولية لمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية مثل ابادة الأجناس والتفرقة العنصرية ومحاربة الرق بأشكاله ..

وهذا يجعل للدولة ، اختصاصا داخليا وظيفيا محليا ودوليا مزدوجا ، فهي تنفذ هذه القواعد الدولية باسم الدولة التابعة لها وطنيا . وباسم الجماعةالدولية ، نظرا لأفتقاد الأخيرة وجود سلطة تنفيذية عليا تقوم بهذه المهمة (٣٢)

وبموجب المادة الرابعة من هذه الاتفاقية الدولية ، فانه يعاقب مرتكب جريمة ابادة الأجناس ، سواء أكان الجاني من الحكام أو الموظفين أو الأفراد العاديين . ويحال مرتكب هذه الجريمة الى المحاكم الوطنية المختصة في الدولة التي وقعت فيها الجريمة أو الى محكمة جنائية دولية تختص بالنظر في ذلك ، وفق المادة السادسة الا أنه حتى الآن لا توجد محكمة جنائية دولية للعقاب على جرائم ابادة الأجناس .....(٣٣)

---

٣١) دكتور الصاوي المصدر السابق ص ٤٣٢ وما بعدها .

٣٢) Tinken . Le genocide . Revue de droit penal et de criminologie 1947. No. 2 P.185.

٣٣) Agreement of the prosceution and punishment of the major war criminals: Documents Rec. D.I.Vol 1.P.289.

مـصادر البحث الرئيسية

أولا : المصادر العربية :

١) وثائق ومعاهدات دولية : د. يوسف علوان ط عمان الأردن ١٩٧٨ .

٢) احكام القانون الدولي في مجال مكافحة الجرائم الدولية .

د. محمد منصور الصاوى ط الاسكندرية ١٩٨٤ .

٣) القانون الدولي العام .د. علي صادق ابو هيف ط الاسكندرية ١٩٧٥.

٤) قرار الجمعية العامة للامم المتحدة (رقم ٩٦) في ١٩٤٦/١٢/١١ من الوثائق الرسمية للامم المتحدة . نيويورك .

ثانيا : المراجع الانجليزية :

1) Reservation to the convention of the prevention and punishment of the crime of Genocide I.C, J.. Reports of judgenents.- Advisory opinions and orders, 1951. P. 23 . of

2) Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide, by the general assembly of the U.N. on 9 Dec. 1948. T.S. Vol. 178. pp. 258 - 286.

3) G.A. Finish : the nuremburg trial and international law. A.J.1949 . vol 41. No. 1 P. 20.

4) A.K. kuhn : the genocide convention and the state rights. vol 43. No.3 P. 499 .

5) Agreement of the presecution and punishment of the majar war criminals . documents. Rec. D.I. Vol I.P. 289

ثالثا : المراجع بالفرنسية :

1)F. Tinken : Le genocide : Revue de droit Penal et de criminolgie. 1947 . No. 2 P. 185

2) M. Sipert : Proite du droit international public. T.I. Dolloz Paris 1951. P. 436 .

3) L.Cavore. Le droit international public . 1979. T 2. Paris P.568.

الندوات والمحاضرات

تقرير عن ندوة المسؤولية الطبية في الشريعة والقانون

بقلم
الدكتور خليفة بابكر الحسن
سكرتير تحرير المجلة

أقامت كلية الشريعة والقانون في اطار نشاطها الفصلي - في الفصل الدراسي الأول - ندوة عن المسؤولية الطبية في الشريعة والقانون.
وقد قدمت الندوة في تمام الساعة السابعة من مساء يوم الثلاثاء ٢٧ ربيع الثاني ١٤٠٩ ه الموافق ١٩٨٨/١٢/٦ م بقاعة المسرح بالمعهد الاسلامي بالجامعة واشترك فيها لفيف من اساتذة الكلية في الشريعة والقانون بالاضافة الي طبيب اخصائي من مستشفي الجزيرة بأبوظبي وتولي تقديمها الاستاذ الدكتور رمضان السيد علي الشرنباصي رئيس قسم الشريعة الاسلامية بالكلية الذي استهل حديثه فيها ببيان أن الانسان له حرمته في الاسلام في حال الحياة وفي حال الموت اخذا من قوله تعالي: "ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم علي كثير ممن خلقنا تفضيلا" وسواها من الآيات التي دلت علي مكانة الانسان عند خالقه الذي كرمه فخلقه في أبهي صورة وأحسن تقويم ، وسخر له مافي الكون ليقيم به حياته ويحفظ به وجوده ، وليطب به نفسه عندما تحل به الاسقام والأمراض ، ،هو يسعي مكافحا في الوجود يغالب الطبيعة في سعيه الدؤوب لاعمار الحياة وتجميل صورتها ، كما أمره بالمحافظة علي نفسه ومداواتها، وفي ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " ان الله خلق الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تتداووا بمحرم"

وفى ضوء ذلك كان تعلم الطب واحدا من فروض الكفاية في الاسلام لأن مالا يتم الواجب الا به فهو واجب ، ولما فيه من تحقيق مصالح السلامة والعافية ودرء مفاسد الأعطاب والاسقام ثم دلف المتحدث من خلال هذه المقدمة لبيان أن علم الطب الآن ،في اطار التقدم الهائل الذى تعيشه البشرية لايقتصر دوره علي العلاج فقط وأنما تخطى ذلك الى اختراع وسائل وقائية عديدة كالتعقيم وتحسين السلالة البشرية ، ونقل الاعضاء ، وهذه الآفاق الجديدة التى ارتادها الطب في عصرنا الحديث كانت مثار جدل على الصعيد الدينى والأخلاقى والقانونى وقد عقدت هذه الندوة لتتناول هذه المسائل من وجهتى النظر الشرعية والقانونية .

ثم عطف متحدثا عن المسؤولية الطبية فى نظر علماء الشرع الاسلامى مقررا أن الطبيب اذا فعل مايجوز له فعله فانه لايسأل عن الضرر الناتج عن فعله - ان ترتب على فعله ضرر - وذلك لأن عمله لايتقيد بشرط السلامة كما انه لايطلب منه الا القيام بالعمل المعتاد له ، ولايسأل الا اذا قصر.

ثم قرر أن فقهاء الاسلام ينطلقون في تقرير مبدأ عدم مساءلة الطبيب من:

١- أن المريض رضى العلاج عند الطبيب ، والرضا بالشيء رضا بمايتولد عنه، وبناء على ذلك لايسأل الطبيب عن الضرر الحادث مادام أنه قد راعي أصول مهنته في العلاج ، ذلك أن كل مايرجى من الطبيب هو بذل الجهد والعناية المعتادة من غير تقيد بالشفاء المطلق للمريض ، وضمان السلامة من المخاطر .

٢- أن الطبيب حين يباشر عمله الطبى يقوم بأداء واجب لايسأل عمايترتب على فعله ان تحققت الشروط اللازمة الآتى بيانها، وذلك قياسا علي ماقرره الأئمة أبوحنيفة ومالك وأحمد من أن الامام اذا حد أحدا أو عزره فمات فان دمه هدر ولاضمان عليه ، لأن الامام فى الحالتين مأمور بالحد والتعزير ، وتنفيذ الأمر لايتقيد بشرط السلامة ، ومن هنا اشتهر عن الفقهاء قولهم " الجواز الشرعى ينافى الضمان" ثم لخص القيود التى ينبغى أن يراعيها الطبيب فى عمله حتى لايسأل فى:

١ - أن يكون الطبيب من ذوى الحذق والمهارة وذى بصيرة بطبه ومعرفة تامة به اما ان كان غير ذلك فهو ضامن لقوله صلى الله عليه وسلم " من تطبب وهو غير عالم بالطب فهو ضامن" ، كما أن الفقهاء نصوا على أن الطبيب الجاهل يمنع من العمل بالطب ، وقالوا فى ذلك " يحجر على الطبيب الجاهل ".

٢ - أن يؤذن له فى العمل الطبى الذى يباشره وتستثنى من ذلك حالات الضرورة فلايشترط فيها الاذن ، ومن هنا كانت العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية قائمة على الرضا فلايجوز أن يرغم انسان على العلاج الا فى حالة الأمراض المعدية ، وفي ذلك يقول ابن حزم من فقهاء الاسلام :" أنه لاضمان على من خلع ضرسا شديد الألم بغير اذن صاحبه اذا كان هذا الداء أو الألم يعطل صاحبه عن مصالحه"ويعتبر هذا من باب التعاون على البر والتقوى".

ثالثا: أن يباشر الطبيب عمله الطبى بغرض العلاج ومن هنا فان الطبيب يسأل لو قطع عضو انسان بغرض الإ فلات من الجندية مثلا أو اجهض امرأة بغير عذر مشروع ، او غير جنس انسان ، او قتله بقصد الشفقة.

رابعا : أن يراعى الأصول الطبية والقواعد التى يتبعها أهل المهنة فان فعل غير ذلك وكان عالما به ضمن.

هذه هي القيود التي اذا راعاها الطبيب واستعمل حقه فى حدودها ثم لحق المريض ضرر بعد ذلك ممالايمكن الاحتراز عنه فان الطبيب لاضمان عليه لأنه

يقوم بواجبه، والأصل أن الواجب لايتقيد بشرط السلامة.

وبعد الاستاذ الدكتور رمضان تحدث الأستاذ الدكتور أنور محمود دبور الاستاذ بقسم الشريعة الذى أكد فى حديثه ماذكره مقدم الندوة فيمايتصل بموقف الفقه الاسلامى من مسئولية الطبيب وأضاف أن الطبيب لايسأل فى نظر الفقهاء الا اذا وقع فى خطأ فاحش ، وذلك بأن ينزل عن مستوى الطبيب المتوسط، ويكون مسؤولا من باب أولى لو كان قاصدا الاضرار بالمريض ثم بين أن كثيرا من الفقهاء قرروا أن الطبيب فى حالة خطئه لايتحمل وحده الدية الواجبة ، ولكن يتحمل ثلثها فقط فى حالة مباشرته وإحداث الضرر كما لو أجرى عملية جراحية بنفسه فأخطأ خطأ فاحشا ومات المريض وباقى الدية تتحملها العاقلة من باب التعاون . أما اذا تسبب الطبيب في احداث الضرر ولم يباشره كمالو وصف دواء لعلاج المريض فمات المريض بسببه فان الدية كلها تكون على العاقلة، وليس على الطبيب شيء وفى حالة عدم ،جود عاقلة للطبيب تتحملها الدولة ، ويرى بعض الفقهاء أنه يمكن المناصرة بالحرفة عند عدم امكان المناصرة بالعاقلة ومعنى ذلك ان الجهة التى تمثل الاطباء هى التى تتحمل الدية فى حالة عدم وجود العاقلة.

ومن هذا يظهر أن فقهاء الشريعة كانوا حريصين على تخفيف المسؤولية عن عاتق الطبيب ، حتى يقدم على هذه المهنة وهو غير هياب من المخاطر التى قد تحدثها . . .

هذا وبعد أن أنهى اساتذة الشريعة حديثهم وتناولوا الموضوع من وجهة نظر الشريعة جاء دور اساتذة القانون ، وقد بدأ الحديث في هذا الجانب الاستاذ الدكتور ماجد راغب الحلو رئيس قسم القانون الذي تحدث عن المسئولية الطبية في القانون الادارى ، وقرر في ذلك أن الطبيب في المستشفيات العامة يعتبر موظفا والموظف لا يسأل مدنيا الا عن خطئه الشخصي كما نصت على ذلك المادة ٦٣ من قانون الخدمة المدنية الاتحادى ، والمقصود بالخطأ الشخصي الخطأ الذى ينسب الى الموظف نفسه وتقع مسؤوليته على عاتقه شخصيا فمثل هذا الخطأ يتحمله الموظف ويدفع تعويض الضرر المترتب عليه من ماله الخاص ، وتكون المحاكم العادية هي صاحبة الاختصاص فيه ويقابل الخطأ الشخصي الخطأ المرفقي وفيه ينسب الخطأ او التقصير الى المرفق ذاته وتتحمل الادارة مسؤولية الضرر المترتب عليه فتدفع التعويض من مالها ، وتكون المحاكم الادارية هي المختصة - ان وجدت - هذا وقد تعددت المعايير التي قيل بها في الفقه والقضاء للتفرقة بين نوعى الخطأ الشخصي والمرفقي . وأهم هذه المعايير ما يلي :

١- معيار جسامة الخطأ :

وطبقا لهذا المعيار يعتبر الخطأ شخصيا اذا بلغ حدا من الجسامة لا يمكن معه اعتباره من الاخطاء العادية التي يتعرض لها الطبيب في قيامه بواجبات وظيفته ، ومن امثلة ذلك خطأ الطبيب الذى يؤدى الى وفاة المريض بنسيان بعض أدوات الجراحة في بطن المريض من جراء العملية الجراحية .

٢ - معيار سوء النية :

وبمقتضى هذا المعيار يعتبر الخطأ خطأ شخصيا اذا قام على سوء النية كأن يتعمد الطبيب الاضرار بالمريض الذى رفض العلاج في عيادته الخاصة ، أما اذا كان الخطأ غير متعمد وانما وقع بحسن نية فانه يكون مرفقيا اذا لم يكن جسيما.

الخطأ الشخصي ومسؤولية الادارة:

اصبحت الادارة الآن مسؤولة عن جميع حالات الخطأ الشخصي التي لها صلة بالوظيفة ، ولم يعد يخرج من اطار مسؤولية الادارة سوى الخطأ الشخصى الذى لا صلة له بالوظيفة العامة على الاطلاق بأن يقع في حياة الطبيب الخاصة كأن يجرى جراحة فاشلة في عيادته الخاصة .

ويرجع السبب في ذلك الى الرغبة في حماية المضرور من اعسار الطبيب ، على أن الادارة يمكن أن ترجع على الموظفين بما دفعته من قيمة تعويض للاضرار .

والحالات التى تسأل فيها الادارة عن خطأ الطبيب الشخصي هى :

- الخطأ الشخصى المرتكب اثناء الخدمة كعدم اتخاذ اللازم لمنع انتقال العدوى من مريض الى آخر .

- الخطأ الشخصى المرتكب بادوات المرفق كأن يستخدم الطبيب المخدر الذى تحت يده في المستشفى في ايذاء أحد الأشخاص .

الخطأ المرفقي :

الخطأ المرفقي كما سلف هو الخطأ الذى ينسب الى الادارة وتدفع تعويض الضرر المترتب عليه من مالها ، ويختص بمنازعاتها القضاء الادارى - ان وجد

وللخطأ المرفقي ثلاث صور هي :

١- عدم أداء المرفق الطبي لعمله : وذلك بأن تمتنع الادارة الطبية عن القيام بعمل واجب عليها كالامتناع عن قبول مريض بالمستشفى رغم سوء حالته الصحية ، مما يؤدى لوفاته .

٢- سوء اداء المرفق الطبي لعمله :

وتشمل الاعمال الايجابية الخاطئة التي تقع من المرفق في تأديته لعمله ، وذلك كزيادة جرعة المخدر قبل الجراحة مما يؤدى الى اصابة المريض بأذى.

٣- بطء اداء المرفق لعمله : وهنا تقوم الادارة بعملها في وقت متأخر ، وذلك كتأخير توفير الدواء للمريض الى ان تسوء حالته .

هذا وقد أعقب الاستاذ الدكتور ماجد الحلو في الحديث الاستاذ الدكتور هشام فرعون الاستاذ الزائر بالكلية الذى تحدث عن المسئولية الطبية من خلال النقاط التالية :

١- هل الطبيب مسؤول ؟

وقرر وهو بصدد الاجابة على هذا السؤال أن مسؤولية الطبيب تختلف عن مسؤولية أى شخص آخر يباشر عملا فينتج عنه ضرر في الحياة ، وأرجع ذلك إلى أن الانسان في أعماقه يتشكك في امكانية أو مبرر مساءلة الطبيب ، ولهذا التشكك سببه الوجيه لأن الطبيب يتعامل مع "المرض" والانسان يؤمن في اعماقه بأن شفاء المرض من عند الله ، وما الطبيب الا واسطة لتنفيذ ارادة الله ، وهذه الواسطة قد تنجح في مهمتها وقد لا تنجح فتعذر ، ولهذا ليس غريبا أن تجد في القانون من يؤكد وبصوت عال أن الطبيب ينبغى ألا يساءل ؟

٢- الغرض من البحث عن مسؤولية الطبيب :؟

في الاجابة على هذا السؤال قرر المحاضر أن البحث عن مسؤولية الطبيب ليس الغرض منه الانتقاص من مكانة الطب ولا الاطباء ، وانما الغرض منها الحفاظ على هذه المكانة واقامة علاقات متوازنة بين الناس ، فالطبيب الذى يفحص مريضه فحصا تاما ثم يصف الدواء قطعا غير الطبيب الذى لا يجهد نفسه في فحص مريضه ثم يصف له علاجا سريعا فيتضرر المريض من ذلك وتسوء حالته الصحية فالبحث عن المسؤولية الطبية الغرض منه حماية المهنة نفسها ، وحماية الانسان الضعيف الذى يقف بين يدى الطبيب .

٣- من الذى يتولى تقرير المسؤولية ؟

قرر الاستاذ المحاضر وهو يتحدث عن هذه النقطة أن من الأفضل أن يتولى مساءلة الطبيب في حالة خطئه أرباب المهنة أنفسهم لدقة مهنة الطب ، وأن الطبيب وحده هو الذى يمكن أن يقرر في شأن المشكلة المطروحة وتحديد ما اذا أخطأ الطبيب المباشر أم لم يخطيء ؟

غير أن اسناد مهمة التحكيم الى الاطباء أنفسهم وان كانت وجيهة الا أنه يؤخذ عليها أن الاطباء فئتين لا ثالث لهما : فئة تقوم سلوك الزميل تقويما فيه مجاملة وتضامن ، وفئة تتبع مثالب الطبيب وتطلق الانتقادات جزافا نتيجة التنافس وعداوة المهنة ، وفي كلا الحالتين تضيع الحقيقة .

والشخص الذى يمكن الركون اليه وتوكل اليه مهمة المحاسبة هو الشخص المحايد الذى نصب بحكم عمله لرد الحقوق لاصحابها ، ورفع الظلامات ، وهو رجل القانون بما يتوفر له أولا من معرفة بالقواعد العامة فضلا عن موضوعيته كحقوقي .

متى يكون الطبيب مسؤولا :؟

قرر المحاضر وهو بصدد الاجابة على هذا التساؤل أن الالتزامات في الفقه القانوني المعاصر تنقسم الى التزامات بغاية (نتيجة) والتزامات بعناية (وسيلة) .

والتزام الطبيب تجاه مريضه هو التزام بعناية وليس بغاية ، وبناء عليه فان التطورات الصحية اللاحقة لبدء العلاج ليست فيصلا في تقرير تنفيذ أو عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه قبل مريضه ، بعبارة أخرى فان مجرد تدهور الحالة الصحية للمريض أو وفاته ليست دليلا على تقصير الطبيب في تنفيذ التزامه ، وبالتالي لا يعد ذلك اثباتا لركن الخطأ في سلوكه كما قد يتبادر الى الاذهان ، وانما يتجسد خطأ الطبيب في مسلك معين يسلكه عند فحصه للمريض ومحاولة تشخيص المرض والعلاج ، وأجراء التدخل الجراحى الى غير ذلك من الملابسات التي تحيط بالعلاج في مجمل أمره .

٥- موقف التشريع في دولة الامارات :

في الاجابة على هذا السؤال قرر الاستاذ المحاضر أن قانون المعاملات المدنية بدولة الامارات فيه قواعد عامة في مجال تنفيذ العقود ، وفيه قواعد تعالج المسؤولية عن الفعل الضار وهي قواعد مستمدة من أحكام الضمان كما تقررها

الشريعة الاسلامية .

وبعد أن أنهى الاستاذ الدكتور هشام فرعون حديثه تحدث الاستاذ الدكتور محمد رياض الخانى استاذ القانون الجنائى بالكلية الذى استهل حديثه بمقدمة تعريفية للموضوع ، وبيان أهميته التى ردها الى كثرة الاخطاء الطبية وما نتج عن ذلك من مؤتمرات وندوات كثيرة عقدت دوليا وفي محيط العالم العربي والاسلامي لمعالجة موضوع المسؤولية الطبية لتزايد أهميته ، هذا بالاضافة الى الوعى الصحى لدى جمهرة الناس بحيث أضحى المريض يتمتع بحقوق كثيرة حيال الطبيب المعالج له .

ثم تحدث عن أساس مشروعية أعمال التطبيب بصفة عامة ، وبين أن هذه المشروعية يردها بعض فقهاء القانون الى العرف والعادة ، وبعضهم الى انتفاء القصد الجنائي ، وبعضهم الى رضا المريض وموافقته على العلاج ، وبعضهم يردها الى حالة الضرورة الملحة لانقاذ حياة المريض ، وبعضهم يرجعها الى اذن القانون الذى يسلخ عن الطبيب صفة ((التجريم)) .

ثم عقب بأن تأسيس المشروعية على اساس " استعمال الحق " هو ما أخذ به قانون العقوبات في دولة الامارات العربية المتحدة . وبين أن الطبيب يساءل حسبما جاء في قانون العقوبات لدولة الامارات في حالة عدم مراعاته لأعمال التطبيب طبقا للأصول العلمية المتعارف عليها بالمهن الطبية المرخص بها ، ويعنى ذلك أن الطبيب يضمن في حال الاهمال أو عدم مراعاة الأنظمة والقوانين ، أو في حالة اجرائه للعلاج بدافع الشهرة واجراء التجارب الطبية والجراحية والعلاجية غير المشروعة .

هذا وقد شارك في الندوة الاستاذ الدكتور محمود ابراهيم الشيخ استشارى ورئيس قسم الأنف والأذن والحنجرة ، ولتناوله للجانب الطبي في الموضوع ومعرفته بالظروف التي يتعرض لها الاطباء فقد رأينا أن نثبت محاضرته بنصها :

السيد الرئيس السادة الزملاء المحاضرين الأخوة المستمعين

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته :

الحمد لله الذى جعل علم الأبدان قرينا لعلم الأديان والذى خلق كل شيء من العدم وأنزل الداء والدواء بقدر . وأشهد أن لا اله الا الله القاهر فوق

عباده خلق الأنفس وزكاها وخلق الارواح ويعرف منتهاها ، وخلق الاجساد مطية للنفس والروح ،وأشهد أن سيدنا محمدا رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن خير تلقى كلمات السماء فناولها لأهل الأرض فقال تداووا عباد الله ، فان الله لم يخلق داء الا وجعل له دواء الا الهرم ".

وأسأل الله تعالى لنا ولكم الهداية والتوفيق وأدعو بدعوة سيد الخلق "وقل ربي زدني علما " ودعوة الملائكة المكرمين " .

" سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا أنك أنت العليم الحكيم " .

وبعد :

فقد تلقيت دعوة كريمة من سعادة عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات لمناقشة " مسئولية الطبيب بين الشريعة والقانون " فانشرح صدرى.

وحيث أنني لست من رجال الشريعة والقانون فقد رأيت أن أتكلم عن خواطرى كطبيب في النقاط الآتية :-

١- مقدمة لتعريف الطبيب والمهنة الطبية .

٢- خصوصيات المهنة الطبية .

٣- المضاعفات الطبية .

٤- المسئولية الطبية .

٥- اقتراحات لتفادى المضاعفات الطبية .

٦-بعض المسائل التي ما زالت حائرة بين رجال الشرع والقانون .

٧- خاتمة .

١- المقدمة :

المهنة الطبية مهنة نبيلة شرفها الله تعالى فكانت معجزة المسيح عليه السلام ومن نعم الله على ابراهيم عليه السلام فقال تعالى : (واذا مرضت فهو يشفين) (الشعراء ٨٠).

أما الطبيب فهو الشخص الذى يمارس الطبابة بعد أن يدرسها ويمارسها ويحصل على أذن الحاكم لممارستها ويجب أن يتمتع بكل الصفات الحميدة من

أخلاص في العمل وصدق في القول وحلم في التعامل ووظيفة الأطباء كما قال ابن أبي أصبيعه " الحفاظ على الصحة ان كانت موجودة ومحاولة استردادها إن كانت مفقودة " وإذا كانت المطالب نوعان كما يقول الفلاسفة " خير ولذة " خير في الآخرة بالعبادة ولذة في الدنيا فكلاهما لا يتحقق إلا بالصحة السليمة .

٢- خصوصيات المهنة الطبية :

تختلف الصناعة الطبية عن غيرها من المهن المشروعة في خصوصيات كثيرة والتي يجب مراعاتها ووضعها في الاعتبار عند تحديد المسئولية الطبية . من تلك الخصوصيات الآتي :

١- قصور العلم في المهن الطبية :

فالطب برغم تقدمه الكبير في العصور الأخيرة إلا أنه ما زال يحبو أمام المشاكل التي تقابله ولم يجد لها حلا حتى الآن .

وحتى الامراض التي يدعي الطب معرفتها فانه يقف أمامها كرجل ينظر الى السماء يرى النجوم والكواكب ويعتقد أنه يعرفها ولكن هيهات أن يعرف ما بها أو ما عليها . فعلوم الطب تحاول أن تفسر الظواهر فقط ولكنها حتى الآن لا تعرف كيفية حدوث تلك الظواهر . وتضع فقط الاحتمالات التي قد تكون أحيانا متناقضة .

ولبيان هذا القصور في العلم بالنسبة للطبيب مع المقارنة بالمهن الأخرى فلننظر الى الانسان فانه يتكون من نفس وروح وجسد والله أعلم .

١-النفس :

وهي المسئولة عن الشخصية والعلم والفكر والايمان والتقوى .... الخ. أين هي من جسم الانسان ومم تتكون .

وكيف تعمل ؟ لا توجد أجابة لكل هذه الأسئلة ولكننا نحس بها فقط حينما تهرب من الانسان تاركة روحه وجسده يعملان فقط بدون نفس مثل المجانين والذى في حالة غيبوبة كاملة والمريض تحت التخدير الكلي والنائم به روح وجسد وليس به نفس .

قال تعالى : (الله الذى يتوفى الأنفس حين موتها والتي لم تمت في منامها فيمسك التي قضى عليها الموت ويرسل الأخرى الى أجل مسمى ، ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) .

ب- الروح :

هي مظهر الحياة في الجسد الحى موجودة في كل كائن حي والتي تجعل الجسد يعمل وعندما تتركه يموت الكائن الحي فهي المحرك الذي يحركه .

فماذا يعلم الأطباء عنها - أين هي ؟ ما طبيعتها ؟ كيف تخرج ؟ أين تستقر في الجسد ؟ كلها أسئلة حائرة .

قال تعالى : (يسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي ، وما أوتيتم من العلم الا قليلا) .

ج- الجسد :

وهو الذى يظهر فيه تأثير الروح والنفس . ويقف الطب أيضا أمامه قاصرا في حياء شديد مقدرا قدرة الخالق عز وجل ، قد نعرف ظواهر الجسد وأسماء أعضاءه فلا يوجد جسد واحد يتشابه مع الآخر تماما ظاهريا أو داخليا ولكم في بصمات الأصابع وبصمات الصوت مثلا ظاهريا والجهاز المناعي بالجسم والذى عرف أخيرا مثلا داخليا لعدم تشابه الاجساد فقد يتفاعل جسد من الأجساد لبعض الأدوية أو الأشياء الطبيعية المحيطة به بطريقة مختلفة تماما عن الآخرين وهذا ما نسميه بالحساسية " التحسس " فكلنا نشم الورود والعطر ولكن هناك من اذا تعرض لرائحة العطر ظهرت عليه علامات التحسس كالعطاس والحكة ..الخ. وقس على هذا الدواء وسائر الأمراض .

فنحن كما قال تعالى لن نخلق ذبابا واذا سلبنا الذباب شيئا لن نسترده قال عز من قائل (يا أيها الناس ضرب مثل فاستمعوا له ، ان الذين تدعون من دون الله لن يخلقو ذبابا ولو اجتمعوا له ، وان يسلبهم الذباب شيئا لا يستنقذوه منه ، ضعف الطالب والمطلوب ما قدروا الله حق قدره ، ان الله لقوى عزيز) .

مما سبق يتضح لنا أن المهنة الطبية تختلف عن غيرها من المهن بعدم الاحاطة بعلمها ولذلك فالطبيب يختلف عن الحائك أو المهندس مثلا فالمهندس والحائك ضامنان لعملهما عكس الطبيب الذى لا يستطيع أن يكون ضامنا وعلاقة الطبيب بمريضه هي علاقة عمل وليس علاقة نتيجة فعلى الطبيب أن يعمل ويعالج ولكن ليس عليه أن يشفي فالشفاء من عند الله وحده قال تعالى :(واذا مرضت فهو يشفين) .

٢- المهن الطبية تتعامل مع صحة الانسان وهي أثمن ما يملك وكما قال

الفلاسفة المطالب نوعان " خير ولذة " فالخير في عبادة الله وطاعته واللذة في الأمور الدنيوية وكلاهما لا يتحقق الا بالصحة . ولذلك فالأطباء دائما متهمون أمام مرضاهم لأن كل فرد يهتم بصحته ولكنه قد لا يهتم بماله أو عمله .

وعلى رجال القانون أن يضعوا هذه النقطة أمام أعينهم فكثير من التهم الموجهة لأعضاء المهن الطبية هي أشياء ليس في مقدورهم تنفيذها . فاذا أصاب المريض ألم وأوجاع بعد عملية جراحية فهي باهمال الطبيب واذا لم يشف من داء عضال في ساعات كان السبب هو جهل الطبيب وليس المرض نفسه واذا قدم غذاء في المستشفى لم يعجبه كان السبب استهتار المسئولين- ... وهكذا .

٣- الانسان وهو محل عمل المهنة الطبية يختلف عن المكائن . فهو طبقا لجميع الشرائع والقوانين له الحرية الكاملة في جسده ومعتقداته . لذلك رضاء المريض شرط أساسي للعلاج فلا يمكن علاج الانسان بدون موافقته ورضاه أو موافقة ولي أمره . وفي بعض الأحيان يرفض المريض العلاج في الوقت المناسب ويوافق بعد مرور الوقت وحدوث المضاعفات .

وقد يتدخل المريض في علاج نفسه طبقا لمعتقداته أو عاداته والتي قد تكون ضد صحته أو قد يرفض المريض اعطاء المعلومات الكافية عن حالته الصحية لأسباب خاصة .

ومن أمثلة ما سبق الآتي :

- تربية الحيوانات أو الحشرات - الادمان على المخدرات أو السجائر عدم اتباع الارشادات الصحية الوقائية مثل التطعيم والتحصين ضد الأمراض بل وأحيانا يصل المريض الى درجة الضرر المباشر لنفسه فمثلا بعض المرضى يتعمدون الأكل والشرب قبل اجراء العمليات الجراحية حتى يتقوى جسدهم للتخدير طبقا لاعتقادهم بالرغم من أن هذا في غاية الخطورة اذا حدث في أثناء الجراحة تحت المخدر العام والأمر من ذلك أن يخبروا طبيبهم بأنهم أكلوا أو شربوا حتى يحتاط لذلك .

فاذا رجعنا الى القاعدة الأصولية في علة السببية نجد أن المريض هو السبب في مرضه أو في حدوث مضاعفات وهو الأولى بالعقاب وليس الطبيب فهو الذي أدمن على المخدرات وهو الذي لم يحصن طفله ضد الأمراض المعدية .

٤- المهنة الطبية تتحمل أخطاء الآخرين مثل تلوث البيئة بعوادم المصانع والتهور في القيادة التي تؤ دى الى حوادث الطرق والحروب والتصميمات الخاطئة

للمباني والطرق وعدم توفر المياه الصالحة للشرب والتسمم الغذائي والغش التجارى ....الخ .

فمن الذى يتحمل المسئولية المتسبب في هذه الأشياء أم من يحاول علاج مضاعفاتها .

٥- الطبيب يتدخل دائما بقصد الإصلاح ولذلك يجب على الشرع وضع هذه النقطة في اعتباره ولا يحاسب على الاصابة الخطأ مثل الآخرين الذين لم يكن خطؤهم بقصد الاصلاح مطلقا وانما خطؤهم تسبب في اصابة المجني عليهم .

٦- هناك عدة عوامل شخصية للطبيب يجب أعتبارها عند تقرير مسئوليته الطبية نتيجة لخصوصيات تلك المهنة منها :

أ- يتحمل الطبيب العبء النفسي الشديد لمشاركته مرضاه في آلامهم وانفعالاتهم في الحالات المرضية المستعصية أو التي لا شفاء لها حتى الآن وكما تعلمون أن المستشفيات ليست كالفنادق أحداثها السعيدة أقل بكثير من الأحداث الأخرى فهناك في المستشفيات وفيات - اصابات ... الخ .

ولهذا لا تتعجب عندما نعلم أن الطبيب الاستشارى يتحمل عبئا نفسيا أكثر من الطبيب المبتديء نظرا لصعوبة حالات الأول عن الثاني بل ونجد أن أطباء الأمراض النفسية قد يتعرضون للأمراض النفسية مع مرضاهم وتمنحهم معظم الدول بدل جنون .

٢-يتعرض أعضاء المهنة الطبية والتي لا تعترف بالوقت والزمن علي مدار اليوم ليلا ونهارا بل أن معظم الحوادث والطواريء لا تحدث الا في الأوقات غير المناسبة للعمل .

د- التقدم في جميع العلوم يعتمد على المشاهدة والتجربة مع أحتمال الخطأ ، فهل هذا يوجد في المهنة الطبية ومن منا يقبل تجربة عملية جديدة أو عقار حديث عليه وان حدث فلذلك شروط .

ه- الأطباء ليسوا كغيرهم من أصحاب المهن الأخرى ، فطفولتهم طويلة جدا فالمريض والمجتمع لا يثق في الطبيب الا بعد انتهاء دراسته الجامعية الأولى ثم الدراسات العليا ثم مدة المران الكافي وكذلك يبدأ الطبيب عمله الفعلي ربما بعد عمر الخامسة والثلاثين أو اكثر .

٣- المضاعفات الطبية :

يمكن تعريف المضاعفات الطبية بالتطورات المرضية غير المطلوبة بعد العلاج أو بالتطورات السيئة للمريض بالرغم من علاجه .

ولا نستطيع القول بالتطورات غير المتوقعة التي تحدث بعد علاج المريض حيث ان جميع المضاعفات الطبية معروفة ولدى الأطباء ومذكورة في كتبهم ولكنها غير معروفة للمريض ولا يمكن تحديد من هو المريض الذى ستحدث له هذه المضاعفات ، فاذا قلنا مثلا أن هناك " ١٪ واحد في المائة " من قرحات المعدة ستتحول الى سرطان فلا نستطيع تحديد من هو هذا الواحد وكذلك اذا فرضنا أن واحد في المليون سيأتي له حساسية شديدة من ابرة البنسلين فلا تستطيع تحديد هذا الشخص وفي الوقت نفسه جلبا للمصلحة ودرءاً للمفسدة لا نستطيع ايقاف العلاج بالبنسلين فمقابل هذا الشخص الواحد الذى سيضرر من البنسلين هناك ألوف بل ملايين سيستفيدون منه . واذا قسنا ذلك على جميع المخترعات الحديثة نجد أن مضاعفاتها اكثر من المضاعفات الطبية ولكن أيضا فوائدها كثيرة فالكهرباء والطائرات والسيارات ... الخ لها حوادثها الفظيعة ولكن فوائدها أعظم ولذلك ما زالت الكهرباء بالرغم من صعق بعض الناس منها وما زال الناس يركبون الطائرات بالرغم من سقوط احداها وما زال الناس يستعملون السيارات بالرغم من حوادثها .

وبالنظر الى المضاعفات الطبية نجد أن هناك أربعة عوامل تساعد على حدوثها وهي : طبيعة المرض – الحالة العامة للمريض – طريقة المعالجة وأخيرا خطأ الطبيب .

١- طبيعة المرض :

لكل مرض من الأمراض نظام خاص يبدأ بمقوماته ثم حدوث الأعراض والعلامات المرضية وبعد ذلك قد تحدث المضاعفات لبعض الناس دون الآخرين وبعض هذه المضاعفات قد تحدث بعد سنوات عدة من حدوث المرض فمثلا مضاعفات مرض الزهرى بعد حوالي عشرين عاما من بداية الأعراض الأولى وقد يتزامن حدوث المضاعفات للأمراض القديمة بعد العلاج او الجراحة من مرض آخر فيلام الطبيب بالرغم أنه برىء كبراءة الذئب من دم ابن يعقوب . فمثلا التهاب الغدة النكفية قد يؤدي الى صمم عصب كامل بأحد الأذنين ولكن لا يكتشفه المريض الا بعد اجراء غسيل للأذن أو بعد ضربة بسيطة على الأذن ويتهم الطبيب بأن غسيل الأذن هو السبب أو أنه أهمل في علاج مريضه بعد

الضربة التي وقعت على أذنه ولا يوجد اثبات ادانة لفيروس الغدة النكفية ولا حول ولا قوة الا بالله .

٢- الحالة العامة للمريض :

ان وجود ضعف عام عند المريض أو بعض الأمراض المزمنة كالسكري وارتفاع الضغط الدموي والفشل الكلوي ....الخ عوامل مساعدة لحدوث المضاعفات سواء للعلاج الدوائي أو الجراحي.

٣- طريقة العلاج :

ان الطبيب يحاول علاج مريضه سواء بالعقاقير أو بالجراحة وذلك درءا للمفسدة وجلبا للمصلحة ولكن للعقاقير والجراحة مضاعفاتها الخاصة فالعقاقير قد تؤدي الى الحساسية أو التحلل الدموي أو توقف نخاع العظام ....الخ.

٤- خطأ الطبيب المعالج :

ان الطبيب مثله مثل سائر البشر قد يخطيء وقد يسهو وقد ينسى طبقا للظروف المحيطة به ولكن مما يخفف خطأ الطبيب أن خطأه دائما فردي أي لا يصيب الا فرد واحد أما أخطاء أصحاب المهن الأخرى فقد يصيب مجموعة من البشر قلت أو كثرت حسب طبيعة عمله كالطيار أو سائق قطار أو المهندس أو القائد العسكري . وتنقسم أخطاء الأطباء الى نوعين أساسيين :

أ- خطأ بسيط : وهو الذي يقره العرف الطبي وخبرة المجموعة المتوسطة من أهل العلم والفن وهذا الخطأ ممكن اصلاحه مرة أخرى .

ب- خطأ جسيم : وهو الخطأ الذي لا يقره العرف الطبي وخبرة المجموعة المتوسطة من أهل العلم والفن وهذا الخطأ قد ينتج عنه أضرار جسيمة بالمريض وعاهات مزمنة .

وكلا النوعين من الخطأ البسيط والجسيم يمكن حدوثه نتيجة للآتي :

١- اجتهاد علاجي خاطيء :

فالطبيب في تلك الحالة اجتهد وبقدر ما أتيح له من علم وخبرة ومعلومات وامكانيات وعالج مريض ولكن ثبت بعد ذلك أن علاجه كان خاطئا فمثلا أعطى لمريضة مضادا حيويا ترك أثرا سيئا على كبده أو قلبه نتيجة لوجود عوامل في جسم المريض لم يتمكن الطبيب من الوصول الى تشخيصها الصحيح حيث أن

اجتهاده وخبرته وجهته الى تشخيص آخر لحالة مريضه أو كالذي أجرى جراحة لمريض معتقدا أن سبب علته مثلا التهاب مزمن باللوزتين ثم تبين بعد ذلك أن المريض يعاني من أحد الأمراض السرطانية بالدم أو أجرى له جراحة لاستئصال الزائدة الدودية ثم ثبت بعد ذلك أن التشخيص شيء آخر . حيث أن علم التشخيص الطبي يقوم على الاحتمالات فالاحتمال الأقوى هو كذا والثاني كذا وهكذا .

وأعتقد في مثل هذه الحالات مهما كانت جسامة الخطأ فالطبيب مثل القاضي الذي لا يلام ولا يعاقب في حالة خطأه في تنفيذ نصوص القانون فنرى أن متهما ما حكم عليه بالسجن أو الاعدام في محكمة الدرجة الأولى ثم حصل على البراءة في محكمة الدرجة الأعلى . ولا يعاقب القاضي .

وكما قال سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم " من اجتهد وأصاب فله أجران ومن أجتهد وأخطأ فله أجر ".

وقال الشاعر " ابن الرومي ":

غلط على الطبيب غلطة مورد ... عجزت موارده عن الاصـــدار

والناس يلحون الطبيب وانما ... أخطاء الأطباء ضربة الأقدار

٢- الأهمال والتقصير :

قد تحدث المضاعفات الطبية نتيجة لاهمال الطبيب وتقصيره في اجراء جميع الفحوصات الطبية الضرورية وعدم بذل الجهد الكافي للوصول الى التشخيص النهائي أو عدم استشارة زملاء أو الاستعانة بمن هو أكثر منه خبرة وعلما . وهنا يجب أن يعاقب الطبيب ولكن يجب مراعاة الظروف المحيطة بعمل الطبيب قبل تحديد العقوبة ومثال لتلك الظروف المحيطة التي تخفف المسئولية عن الطبيب في مثل هذه الحالات الآتية :

أ- أثناء الحروب ووجود حالات كثيرة جدا في جو نفسي مضطرب .

ب- بعض الحالات الحرجة مثل عمليات انقاذ الحياة أو ايقاف نزيف .

ج- ضعف الامكانيات المادية أو البشرية المعاونة كالذي يعمل في المناطق النائية .

د- الوقت الغير مناسب مع الارهاق الشديد كالعمليات الطارئة مثلا في جوف الليل ولعلنا جميعا ننسى في بعض الأحيان قراءة الفاتحـــة بالرغم من أنها أكثر شيء يحفظه الانسان .

٣- التعمـــد :

والتعمد في افساد جسم الانسان نادر الحدوث لدوافع شخصية أو لاخفاء جريمة كاجهاض الجنين أو ربط القنوات الرحمية في المرأة لمنعها من الانجاب أو ايقاف أجهزةالدورة الدموية والتنفس في مرض الغيبوبة . وفي مثل هذه الحالات يجب أن يكون العقاب صارما وعلنيا لأن الطبيب في مثل هذه الحالات يكون قد خان الأمانة التي وضعها فيه المجتمع والمريض واستغل علمه لافساد الآخرين مستغلا ثقة المريض به ولذلك فالقصاص وحده لا يكفي مثل غيره من المجرمين حيث أن الناس تحذر المجرمين ولكنهم لا يحذرون من الأطباء فلمثل هؤلاء أرى أن القصاص وحده لا يكفي ولا بد من أشد العقاب .

٤- المسئولية الطبية :

المسئولية الطبية أعم وأشمل من مسئولية الطبيب .حيث أن الطبيب يتدخل للاصلاح وليس هو سبب الافساد طبقا لعلة السببية فالطبيب يتدخل لاصلاح ومحاولة استرداد ماأفسده غيره ، ولذلك فالمسئولية هنا مشتركة بين المريض والدولة والطبيب .

١- المريض أو ولي أمره الشرعي :

شارك في المسئولية اذا أهمل في وقاية نفسه من الأمراض المعدية بعدم اتباعه الارشادات الصحية أو بعدم التطعيم والتحصين أو أدمانه على المخدرات أو المهلكات أو تعريض نفسه أو اطفاله للحوادث كترك الأطفال يلعبون بالآلات الكهربائية أو بالكبريت مثلا .

ودور الطبيب في ذلك هو الاعلام والتوعية فقط ولكنه غير مسئول عن تنفيذ تعليماته أو ارشاداته . ونعطي لذلك مثلا :

اذا شرب أحد الأشخاص ماء أو أكل طعام قبل اجراء الجراحة له بالرغم من تنبيه الطبيب عليه بعدم الأكل والشرب قبل العملية وأخفى ذلك على طبيبه ثم تقيأ أثناء التخدير ونتج عنه مضاعفات في الرئة فمن هــو المسئــول ؟؟.

٢- الدولــة :

أن دور الحاكم أو من ينيبه أهم الأدوار في تقليل المضاعفات الطبية فهو المسئول عن اختيار الطبيب وتعليمه وهو الذي يرعى مواطنيه من ناحيتي الوقاية والعلاج ولذلك فان دور الدولة في ذلك ثلاثة :

أ- اختيار الطبيب وتدريبه والاشراف على المعاهد التي يدرس فيها وسن القوانين اللازمة لحمايته ومعاقبته بممارسة مهنة الطبابة بعد اجراء التقييم الكافي له وخاصة أن اذن الحاكم للطبيب شرط من شروط رفع المسئولية الطبية عنه في مذهب السادة المالكية .

ب- الوقايــة :

الوقاية من الأمراض خير من العلاج وهذا من الأدوار الرئيسية للدولةويشمل ذلك :

١- سن القوانين اللازمة وتنفيذها للتحصين والتطعيم من الأمراض المعدية ومراقبة الواردين والمغادرين للدولة وكذلك الوقاية من الأمراض المهنية ومكافحة المخدرات والادمان ومعالجة حوادث الطرق والمرور .

٢- توفير المنشآت العلاجية المجهزة بل والزام المريض بالعلاج وربما عزله اذا كان عنده مرضا معديا وهذا لا يتعارض مع حريته الشخصية لأن في ذلك حماية للمجتمع كله ولنا في هدى سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صحابته المهديين بعده القدوة والاسوة . فقد بايع سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم المجذومة من بعيد ثم قال لها " قــد بايعناك فارجعي " . وأمر عمر بن الخطاب رضى الله عنه المجذومة أن تلزم بيتها وأن لا تخرج منه .

كذلك أمر سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا ندخل ولا نخرج من أرض الوباء .

٣- تحسين الظروف الحياتية من ناحية التعليم والغذاء والمسكن ومنــع تلوث البيئة ومراقبة اجراءات الصحة المهنية .

ج- العـــلاج :

كما أن الوقاية حق للمجتمع فالعلاج حق لكل فرد . وذلك بتوفير جميع الامكانيات البشرية والمادية لعلاج الأفراد .

وكما قال سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : " تداووا عباد الله ،فان الله لم يخلق داء والا جعل له دواء الا الهرم ، وسأله الصحابة الكرام وهل يفيد الدواء شيء من قدر الله فقال سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : " هو من قدر الله " .

٣- الطبيـــــــب :

اختلف الفقهاء في تحديد مسئولية الطبيب ومتى يتم رفع المسئولية عنه ولكن هناك شروط أربعة عامة متى توفرت في الطبيب ترفع المسئولية الطبية عنه واختلفوا في أهمية كل شرط منها وهذه الشروط هي :

أ- اذن الحاكم أو من ينوب عنه بمزاولة مهنة الطبابة :
وقد اعتبر الامام مالك رضى الله عنه هذا هو الشرط الأساسي لرفـــع المسئولية الطبية عنه .

ب- اذن المريض أو ولي أمره :
وهذا الشرط مطلوب تقريبا في جميع المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية فرضاء المريض أو ولي أمره هو شرط ضروري لاباحة التطبيب أو الجراحة واذا اقتضى الأمر الموازنة بين الأضرار التي تحدث اذا لم يتدخل الطب والأضرار المحتملة اذا تدخل الطبيب المعالج فيجب الا يستقل الطبيب بعمل هذه الموازنة وانما يشترك معه المريض أو ولي أمره حيث أن لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه وحرمة جسده وسلامته .

ويستثنى هذا الشرط في بعض الحالات الخاصة كالحالات العاجلة لانقاذ الحياة أو المريض في غيبوبة ولا يوجد أحد من أهله أو المرضى الخاضعين للقوانين العسكرية أو لاقامة الحدود .

ج- أن يكون الطبيب حاذق بفنه يقصد به شفاء المريض ويبذل جهوداصادقة يقظة متفقة مع الأصول الطبية العلمية . فلا يسمح للطبيب أن يجري جراحة

للمريض وهو يجهلها أو لا يستطيع اجراءها أو يعالج مريضا وهو جاهل بمرضه بل عليه أن يحول هذا المريض الى المتخصص في هذا المجال أو الى من هو أعلى منه علما وخبرة وفي ذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :" من طبب ولم يعلم مهنة الطب قبل ذلك (أو هو بالطب جاهل) فهو ضامن " واختلف السادة الفقهاء في ذلك فاذا كان المريض يعرف أن طبيبه جاهل بالطب وبالرغم من ذلك وافق على أن يعالجه فهل يضمن الطبيـــب أم لا ؟ .

د- ألا تجن يداه وألا يقع الطبيب في الخطأ الجسيم الذي لا تقره الأصول الطبية ولا يقره أهل الفن والعلم وسبق مناقشة هذه النقطة في الأخطاء الطبية عن ما هو الخطأ الجسيم وعن أسبابه .

وبالنسبة لدية المريض من الذي يدفعها هل الطبيب أم عائلته أم بيت مال المسلمين وفي ذلك تفاصيل عند السادة الفقهاء .

والخلاصة يجب أن تكون مسئولية الطبيب حالات خاصة يجب أن تحدد مسئوليته في كل حالة على حدة بعد دراسة جميع ظروفها وأحوالها .

٥-اقتراحات لتقليل أو لتفادي المضاعفات الطبية :

هذه مجموعة من الاقتراحات التي يمكن بعد دراستها تقليل فرص المضاعفات وتشمل الآتي :

أ- بالنسبة للمريض :

يجب الزام المريض شرعا وقانونا بالمحافظة على صحته وعدم القاء نفسه الى التهلكة " ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة " بل ومعاقبته اذا أخطأ أو تعد في حق نفسه فلذلك يجب عليه :

- التحصين ضد الأمراض الوبائية .

- اتباع جميع الارشادات الصحية لرعاية نفسه واطفاله .

- اتباع تعليمات الأمن والسلامة للوقاية من الأمراض المهنية والصناعية وحوادث المرور .

- سرعة التوجه الى الطبيب أو المستشفى في حالة الشعور بالمرض ولا يستمع الى خبرات الزملاء والأصدقاء أو مدعين الطب .

ب- بالنسبة للطبيب :

١- الاعداد الجيد للطبيب والتعليم المستمر واكتساب الخبرة .

٢- التمسك باخلاقيات المهنة والصبر على مريضه.

٣- قسم اليمين الطبي أمام هيئات دينية أو قضائية .

٤- اشراك اكثر من طبيب في التشخيص والعلاج والجراحة كفريق طبي وليس كفرد .

٥- عمل التشريعات اللازمة لحماية المهنة من أدعيائها وحماية الطبيب في حالة تعرضه لاعتداء بسبب مهنته .

٦- انشاء لجان دائمة محلية للتقييم والتحكيم والتفتيش على أعضاء المهنة الطبية ويكون عملها مستمرا وبشكل دوري وليس فقط في حالات الشكاوي .

٧- توفير الامكانيات المناسبة للطبيب من ناحية التشخيص والعلاج .

٨- تتحمل الدولة التعويضات للمرضى الذين يثبت عدم خطأ الطبيب أو عن الأخطاء البسيطة التي يقع فيها كل البشر في أعمالهم .

(٦) - خاتمـــــــــــة :

مما سبق يتضح لنا أن للمهنة الطبية خصوصيات كثيرة عن غيرها من المهن . بالاضافة الى أن خطأ الطبيب ينتج عنه ضرر فردي بينما في غيره من المهن العسكرية أو المدنية ينتج عن خطأ القائم بها ضرر جماعي " مثلا كقائد القطار أو الطائرة أو مهندس المباني وبينما نجد أن قاضى أول درجة مثلا قد يخطىء في تطبيق القانون أو في الاستدلال الى بنوده أو عدم الوصول الى حيثيات حكمه وبرغم ذلك لا يعاقب بينما يعاقب الطبيب اذا اجتهد وأخطأ لذلك ألتمس من حضراتكم بصفتكم رجال القانون ومشرعيه ولحضرات المستمعين بصفتهم القادمة كرجال قانون اتباع روح الشرع الحنيف في التيسير على العاملين في المهن الطبية حتى لا يحجم الناس عن مزاولتها وبذلك يأثم المجتمع كله وأن يحاسب المخطىء بعد دراسة جميع الظروف المحيطة بعمله والتي كانت من الأسباب المباشرة لحدوث الخطأ وأن يتذكروا قول الامام الشافعى رضى الله عنه

ان المعلم والطبيب كليهمـــا لم ينصحا ان هما لم يكرمـــا

فأصبر لدائك ان جفوت طبيبه واصبر لجهلك ان جفوت معلما

تعقيب : هذا وبعد أن انتهى الاساتذة المشاركون في الندوة من أحاديثهم دار نقاش مثمر اشترك فيه بعض الاطباء في مستشفى " توام " بالعين تناول الموضوعات التالية :

١- هل ما يقوم به الاطباء من نقل عضو من انسان حي لانسان حي آخر أو من ميت الى حي جائز من الناحية الشرعية أم غير جائز ؟ .

٢- ماذا يعنى الموت شرعا وقانونا هو موت المخ أم الاعضاء ، ذلك أن بعض الحالات التي يموت فيها المخ تبقى فيها الحياة بطريقة صناعية عن طريق الآلات فهل يعد الشخص ميتا أم حيا من وجهة نظر الشريعـــــــة والقانون .

وقد أجاب المحاضرون عن السؤال الأول :

بأن هناك اتجاهين في نقل الاعضاء :

١- اتجاه يرى المحافظة على كرامة الانسان حيا وميتا ، وبالتالي يفتى بمنع نقل اعضاء انسان الى آخر ويرى حرمة ذلك .

٢- اتجاه يجيز ذلك بناء على أن مصلحة المحافظة على الانسان الحى أعظم من الحفاظ على حرمة الميت ، وعليه يجوز نقل عضو الميت الى الحى.

أما نقل عضو حى الى حى آخر فيجوز اذا رضى بذلك صاحب الحق ولم يترتب على ذلك ضرر بالغ به يؤدى الى فقده لحياته .

أما بالنسبة للاجابة على السؤال الثاني فان الموت يرجع في تحديده الى أهل الخبرة وهم الأطباء ، وقد أجمع الاطباء على أن الموت يكون بموت المخ ، فاذا تعطل مخ الانسان هو مركز الاحساس فيه لم تعد هناك حياة ، وبالتالي لا تثبت للشخص الذى مات مخه أى حياة حتى وأن كانت بعض أعضائه تعمل بفعل الأجهزة الصناعية .

وما نستطيع أن نقرره ونحن بصدد التعقيب على هذه الندوة أنها ندوة علمية حية وناجحة تناولت موضوعا دقيقا وخطيرا وبالغ الاهمية بشهادة عدد من نجباء الاطباء وكبارهم الذين حضروا الندوة واشتركوا في مناقشاتها من مستشفى الجيمى ومستشفى توام كما أنه أمها عدد كبير من الطلاب واعضاء هيئة التدريس بالجامعة والمواطنين بمدينة العين والاطباء والقضاة.

والله ولى التوفيـق

المحتويات